ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS412/R/Add.1
WT/DS426/R/Add.1
19 de diciembre de 2012

(12-6816)

Original: inglés

CANADÁ - DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL SECTOR DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE

CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS

Informes de los Grupos Especiales

Addendum

La presente adición contiene los anexos A a C de los informes de los Grupos Especiales, que figuran en los documentos WT/DS412/R y WT/DS426/R.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

PRIMERA Y SEGUNDA COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES, RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS, Y DECLARACIONES ORALES DE LAS PARTES EN LA PRIMERA Y SEGUNDA REUNIONES SUSTANTIVAS DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A-1	Resumen integrado del Japón	A-2
Anexo A-2	Resumen integrado de la Unión Europea	A-34
Anexo A-3	Resumen integrado del Canadá	A-63

ANEXO B

COMUNICACIONES ESCRITAS Y DECLARACIONES ORALES DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de Australia	B-2
Anexo B-2	Resumen integrado del Brasil	B-6
Anexo B-3	Resumen integrado de China	B-9
Anexo B-4	Resumen integrado de El Salvador	B-13
Anexo B-5	Resumen integrado de la Unión Europea (en WT/DS412)	B-15
Anexo B-6	Resumen integrado del Japón (en WT/DS426)	B-19
Anexo B-7	Resumen integrado de Corea	B-26
Anexo B-8	Resumen integrado de México	B-30
Anexo B-9	Declaración de Noruega en calidad de tercero	B-34
Anexo B-10	Resumen integrado del Reino de la Arabia Saudita	B-36
Anexo B-11	Resumen integrado de los Estados Unidos	B-40

ANEXO C

SOLICITUDES DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo C-1	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón	C-2
Anexo C-2	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea	C-6

ANEXO A

PRIMERA Y SEGUNDA COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES, RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS, Y DECLARACIONES ORALES DE LAS PARTES EN LA PRIMERA Y SEGUNDA REUNIONES SUSTANTIVAS DEL GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo A-1	Resumen integrado del Japón	A-2
Anexo A-2	Resumen integrado de la Unión Europea	A-34
Anexo A-3	Resumen integrado del Canadá	A-63

ANEXO A-1

RESUMEN INTEGRADO DEL JAPÓN

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN A-3
II. ANTECEDENTES DE HECHO A-4
A. EL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD EN ONTARIO A-4
1. Antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario A-5
2. Funcionamiento del mercado de la electricidad de Ontario A-5
a) Generación A-6
b) Transmisión, distribución y consumo A-7
c) Entidades reguladoras y administrativas A-7
d) Determinación de precios y liquidación de pagos A-8
B. EL PROGRAMA TR A-9
1. Antecedentes del Programa TR A-9
2. Funcionamiento del Programa TR A-10
a) Requisito de contenido nacional A-10
b) Tarifas y condiciones de los contratos TR A-11
c) Procedimiento de liquidación A-12
3. Contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV A-12
III. ARGUMENTOS JURÍDICOS A-13
A. ORDEN DE ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES DEL JAPÓN Y ECONOMÍA PROCESAL A-13
B. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, CONCEDEN SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS, DE MANERA INCOMPATIBLE CON LAS OBLIGACIONES DEL CANADÁ EN VIRTUD DE LOS PÁRRAFOS 1 B) Y 2 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC A-14
1. Párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC: "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios" A-14
2. Párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC: "beneficio" A-18
3. Artículo 2 del Acuerdo SMC: especificidad A-23
4. Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC: "subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" A-24
5. Párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC: "concederá ni mantendrá las subvenciones" A-25
C. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, SON INCOMPATIBLES CON LA OBLIGACIÓN DE TRATO NACIONAL QUE CORRESPONDE AL CANADÁ EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 ..... A-25
1. Incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ..... A-25
2. Inaplicabilidad del párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 ..... A-26
a) El párrafo 8 a) del artículo III no es aplicable A-26
b) El párrafo 8 b) del artículo III no es aplicable A-32
D. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO INCOMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES DEL CANADÁ EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC A-32
IV. CONCLUSIÓN A-33

I. INTRODUCCIÓN[1]

1. La presente diferencia se refiere al trato discriminatorio que afecta a las importaciones de partes y equipos utilizados en instalaciones que generan electricidad a partir de fuentes eólica y solar fotovoltaica ("FV") (denominados en adelante "equipo de generación de energía renovable"[2]) por parte de la provincia canadiense de Ontario ("Ontario") de conformidad con su Programa de tarifas reguladas ("TR") ("Programa TR")[3] establecido el 24 de septiembre de 2009. Concretamente, el Programa TR concede subvenciones a los productores de energía renovable en Ontario y exige que para recibir esas subvenciones los productores de energía eólica y solar FV utilicen equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario (el "requisito de contenido nacional").

2. Por lo tanto, el Gobierno de Ontario concede y mantiene subvenciones supeditadas al empleo de equipo nacional de generación de energía renovable con preferencia al importado y otorga un trato menos favorable a las importaciones de ese equipo que el concedido al equipo de producción nacional. En consecuencia, el Japón sostiene que el Programa TR, así como los contratos de tarifas y microtarifas reguladas (contratos TR y microTR) celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV son incompatibles con las obligaciones que le corresponden al Canadá en virtud de las disposiciones siguientes: i) los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC"); ii) el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"); y iii) el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio ("Acuerdo sobre las MIC").

3. Para que quede claro, el Japón impugna el Programa TR, y los contratos TR y microTR celebrados individualmente, *no* porque tengan el efecto de fomentar la inversión en la generación de energía renovable, sino más bien porque, en vista del requisito de contenido nacional, discriminan las importaciones de equipo de generación de energía renovable a favor de ese tipo de equipo fabricado en Ontario. El Japón no está en desacuerdo con el objetivo declarado por Ontario de fomentar la generación de energía renovable. Por el contrario, el requisito de contenido nacional, que tendría el efecto de limitar el acceso de los productores de energía a la mejor tecnología disponible en el mercado mundial, es incompatible con ese objetivo. Por consiguiente, no es posible considerar debidamente que las alegaciones del Japón se refieren a una diferencia sobre "comercio y medio ambiente"; por el contrario, se trata de una diferencia sobre "comercio e inversiones".

4. A este respecto, el tema recurrente del Canadá a lo largo de sus comunicaciones de que es necesario que los gobiernos garanticen el suministro de electricidad en beneficio del bienestar público, y especialmente de electricidad de fuentes renovables en beneficio del medio ambiente, solamente sirve para desviar la atención del Grupo Especial. El Japón comparte la opinión de que los gobiernos pueden desempeñar alguna función para garantizar un suministro estable de electricidad y de que los programas TR pueden desempeñar un papel decisivo para fomentar la generación de energía renovable. Sin embargo, el requisito de contenido nacional del Programa TR de Ontario es

[1] En primer lugar el Japón señala que incorpora sus argumentos de la diferencia DS426 a la diferencia DS412 cuando sean aplicables.

[2] La expresión "equipo de generación de energía renovable" se utiliza para referirse a los productos enumerados en las redes de contenido nacional que figuran en el apéndice D del Contrato FIT, Japón - Prueba documental 127, y en el apéndice C del Contrato microFIT, Japón - Prueba documental 164.

[3] Las referencias al "Programa FIT" incluyen tanto los proyectos superiores a 10 kW (es decir, los proyectos FIT) como los proyectos de 10 kW o menos (es decir, los proyectos microFIT). Además, salvo que se especifique, debe entenderse que expresiones tales como "contratos FIT", "productores FIT", etc. se refieren a los "contratos FIT y microFIT", "los productores FIT y microFIT", etc. incluso cuando no se utilice la conjunción "FIT y microFIT". De manera similar, se debe entender que expresiones tales como "contrato FIT", "productores FIT", etc. se refieren a "contrato FIT o microFIT", "productor FIT o microFIT", etc.

una medida discriminatoria *de jure* destinada a fomentar la fabricación de equipo de generación de energía renovable en Ontario y no a fomentar la generación de energía renovable, y esta discriminación *de jure* en el comercio internacional no está justificada, ni se puede justificar, por los objetivos de política pública en los que el Canadá hace tanto hincapié.

5. En particular, el Canadá no refuta determinados hechos esenciales y conclusiones jurídicas presentados por el Japón, a saber: i) la existencia y aplicación del requisito de contenido nacional del Programa TR; ii) la conclusión de que, en el supuesto de que se considere que el Programa y los contratos TR otorgan subvenciones, esas subvenciones están "supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" y por consiguiente están "prohibidas" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC; y iii) la conclusión de que, en caso de que no sea aplicable la exención prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, el Programa y los contratos TR son incompatibles con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. Por consiguiente, las principales cuestiones objeto de litigio entre las partes son las siguientes: i) la caracterización adecuada de los contratos TR a tenor del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC[4]; ii) la cuestión de si existe un "beneficio" a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC; y iii) la cuestión de si los contratos TR están comprendidos en el ámbito de aplicación de la exención relativa a la "adquisición" gubernamental prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

6. En la presente sección se exponen los fundamentos de hecho de las alegaciones planteadas por el Japón en esta diferencia. En primer lugar se analizan los antecedentes y el funcionamiento del mercado de la electricidad de Ontario en el cual se establece el Programa TR y, en segundo lugar, los antecedentes y el funcionamiento del Programa TR en el mercado de Ontario. En esta sección se presta especialmente atención a la oferta y al mercado mayorista del mercado de la electricidad de Ontario ya que es la repercusión del Programa TR en este segmento del mercado la que da lugar a incumplimientos de las obligaciones contraídas por el Canadá en la OMC. Además, el análisis del Japón se centra en la parte de los precios mayorista y minorista correspondiente al "cargo por la electricidad como producto básico ", ya que es esa parte de los precios pagados por los consumidores la que sirve como pago de la electricidad propiamente dicha, y no como pago por los servicios relacionados con el suministro de esa energía a los consumidores.

A. EL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD EN ONTARIO

7. El mercado de la electricidad de Ontario, que históricamente estuvo dirigido por un monopolio estatal denominado Ontario Hydro, fue objeto de una serie de reformas entre 1998 y 2004 que separaron las funciones de generación, transmisión y distribución y de regulación y administración del mercado eléctrico.[5] Actualmente el mercado de la electricidad de Ontario está

[4] No obstante, el Japón sostiene que la caracterización concreta a tenor del párrafo 1 a) del artículo 1 no es realmente una cuestión pertinente que el Grupo Especial tenga que examinar habida cuenta de la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* según la cual una transacción puede estar abarcada por varios apartados del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y de que el Canadá ha admitido que los contratos FIT satisfacen este elemento de la definición de subvención. *Véanse* la segunda comunicación escrita del Japón, sección III; la declaración oral del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7; y la respuesta del Japón a la pregunta 22 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[5] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice I.

parcialmente liberalizado y en la generación, transmisión y distribución intervienen entidades públicas y privadas y la regulación y administración corresponde a varias entidades públicas.[6]

1. Antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario

8. El mercado de la electricidad de Ontario inició su transición para dejar de ser un sistema de monopolio estatal en 1998 con la *Ley de electricidad* y la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario*, promulgadas colectivamente como la *Ley de la competencia del sector energético de 1998*.[7] La *Ley de electricidad de 1998* dividió el monopolio estatal Ontario Hydro en varias nuevas entidades con funciones distintas, entre las que figuran las siguientes: i) la Ontario Power Generation ("OPG"), que asumió los activos de generación de Ontario Hydro; ii) Hydro One Inc. ("Hydro One"), que asumió la mayoría de las funciones relativas a los sistemas de transmisión y distribución rural; iii) la Administración Independiente del Mercado Eléctrico ("IMO"), que se hizo cargo administrativamente de la red eléctrica y los mercados de electricidad y que en 2005 pasó a denominarse Administración Independiente del Sistema Eléctrico ("IESO"); y iv) la Corporación Financiera Eléctrica de Ontario ("OEFC"), que se hizo cargo de todas las obligaciones y activos residuales de Ontario Hydro y gestionó contratos con un número reducido de productores de energía privados. Además, la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998* designó a la Comisión de la Energía de Ontario ("OEB") regulador del nuevo mercado, con facultades como la de aprobar determinadas tarifas y precios aplicables en el mercado de Ontario.

9. Tras tres años de reorganización del sector, el 1º de mayo de 2002 se inauguró un mercado de la electricidad liberalizado. La IMO se hizo cargo del funcionamiento y la administración de este nuevo mercado, incluido el funcionamiento de un "sistema de cúmulo" automatizado para establecer los precios del mercado y dar cabida a la existencia de numerosos productores y consumidores. No obstante, este mercado liberalizado no atrajo la entrada suficiente de nuevos productores de energía y el Gobierno de Ontario se vio obligado a reestructurar de nuevo el mercado de la electricidad para facilitar inversiones en nueva generación de energía.[8] En consecuencia, el Gobierno de Ontario promulgó la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* por la que se modificó la *Ley de electricidad de 1998*. Es significativo que en la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004* se estableció el Organismo de Energía de Ontario ("OPA"), dándole el mandato de garantizar un suministro de electricidad suficiente a largo plazo celebrando contratos con productores de electricidad en el mercado liberalizado del suministro de electricidad. En virtud de este mandato el OPA estableció el 1º de octubre de 2009 el Programa TR.

2. Funcionamiento del mercado de la electricidad de Ontario

10. En esta sección el Japón describe las distintas entidades pertinentes a sus alegaciones que participan actualmente en el mercado de la electricidad de Ontario, ocupándose de las entidades encargadas de las siguientes funciones: primera, generación de electricidad; segunda, transmisión, distribución y consumo; y tercera, regulación y administración. A continuación analiza cómo se determinan los precios pagados por los consumidores para liquidar las tarifas recibidas por los productores de electricidad. En el apéndice 1 de la primera comunicación escrita del Japón se presentan diagramas en los que se explican las corrientes básicas de electricidad y dinero en el mercado de la electricidad de Ontario.

---

[6] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.A.

[7] Primera comunicación escrita del Japón, apéndice I.

[8] *Véase asimismo* la observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

a) Generación

11. En Ontario la electricidad la generan tres grupos de productores: i) los activos de propiedad estatal de la OPG, que son los antiguos activos de generación de Ontario Hydro; ii) los productores sin vocación de servicio público (NUG), que son productores privados que tenían contratos de suministro con Ontario Hydro antes de la liberalización parcial del mercado de la electricidad y ahora suministran electricidad en el marco de contratos celebrados con la OEFC o el OPA; y iii) productores de energía independientes ("IPP"), que incluyen a todos los demás productores de Ontario que han entrado en el mercado desde su liberalización parcial, entre ellos los productores TR, y que normalmente suministran electricidad en el marco de contratos con el OPA.[9]

12. La mayoría de los productores reciben tarifas fijadas bien por reglamentos públicos que establece la OEB o mediante contratos de suministro de electricidad. En particular, los activos de la OPG se pueden dividir en activos "regulados" y "no regulados". Los activos "regulados" de la OPG son aquellos para los que ésta recibe tarifas fijadas por la OEB para la electricidad que la OPG produce con esos activos. Los restantes activos de la OPG son "no regulados"; sin embargo, como otros muchos productores de Ontario, la OPG puede suministrar al mercado electricidad generada con sus activos no regulados a través de contratos con el OPA. Como la OPG es el principal productor de Ontario, las tarifas concedidas a sus instalaciones, fundamentalmente a través de los reglamentos de la OEB, se establecen para impedir que la OPG ejerza su posición dominante en el mercado para imponer precios excesivos a los consumidores, mientras que las tarifas concedidas a otros productores, como los productores TR, tienen por objeto apoyar precisamente su entrada y subsistencia en el mercado de Ontario.[10]

13. Los productores con activos que reciben una tarifa regulada o contractual (es decir, los activos regulados de la OPG, los activos no regulados de la OPG con contratos con el OPA, los NUG y la mayoría de los IPP) recibirán esa tarifa con independencia de la tarifa del mercado, conocida como precio por hora de la energía en Ontario ("HOEP"). Estos productores recibirán la diferencia entre el HOEP y su tarifa regulada/contractual cuando el HOEP sea inferior a la tarifa regulada/contractual, y en contadas ocasiones se les cargará la diferencia entre el HOEP y su tarifa regulada/contractual cuando el HOEP supere esa tarifa. Esta diferencia entre el HOEP y la tarifa regulada/contractual se imputa a través de una carga impuesta al consumidor denominada el ajuste global ("GA"). En cambio, los productores con activos cuyas tarifas no son reguladas ni contractuales (es decir, los activos no regulados de la OPG sin contratos con el OPA y los IPP sin contratos con el OPA) recibirán simplemente la tarifa de mercado del HOEP.

14. En el cuadro siguiente se resumen los hechos conocidos sobre la capacidad, la electricidad suministrada y las tarifas recibidas por los productores en el mercado de la electricidad de Ontario.

Productor		**Capacidad al final del año 2010 (MW)**	**2010 Electricidad suministrada (TWh)**	**Tarifa (media o económica) (¢/kWh)**
Activos de la OPG	Nucleares regulados	6.606	45,8	5,59
	Hidroeléctricos regulados	3.312	18,9	3,41
	Hidroeléctricos no regulados	3.684	11,7	3,7
	Térmicos no regulados	6.327	12,2	4,3

[9] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.A.1.
[10] Observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafo 7.

Productor		Capacidad al final del año 2010 (MW)	2010 Electricidad suministrada (TWh)	Tarifa (media o económica) (¢/kWh)
NUG que tienen contratos con la OEFC		1.652	59,8	8,0
IPP con contratos con el OPA	No incluidos en los Programas TR y RESOP	11.659,5		5,0 - 23,9
	RESOP	424,2		11,04 - 42,0
	TR	30,3		10,3 - 80,2
TOTAL		34.710	150,8	N/D

Capacidad, electricidad suministrada y tarifas recibidas por los productores de electricidad de Ontario

b) Transmisión, distribución y consumo

15. Según su capacidad de generación los productores normalmente se conectan al sistema de transmisión o al de distribución.[11] Concretamente, los productores con capacidad superior a 10 MW (incluidos los productores TR de gran capacidad) normalmente se conectan al sistema de transmisión, mientras que los productores que tienen capacidad igual o inferior a 10 MW (incluidos los productores TR y microTR de pequeña capacidad) normalmente se conectan al sistema de distribución a través de una empresa de distribución local ("LDC"). El hecho de que un productor esté conectado al sistema de transmisión o al de distribución es importante porque el procedimiento para liquidar los pagos por la electricidad generada, incluida la generada en el marco del Programa TR, es distinto dependiendo de la forma en que el productor esté conectado a la red.

16. En cuanto al consumo, las grandes industrias en general se conectan directamente al sistema de transmisión, en tanto que otros consumidores (es decir, hogares, empresas y entidades gubernamentales) se conectan al sistema de distribución.[12]

17. En el diagrama correspondiente al suministro de electricidad que se adjunta como apéndice 1 a la primera comunicación escrita del Japón se explica la forma en que los productores se conectan a la red y mediante la cual la electricidad llega a los consumidores.

c) Entidades reguladoras y administrativas

18. A los efectos de la presente diferencia, el OPA, la IESO y la OEB son las principales entidades que regulan y administran actualmente el mercado de suministro de electricidad en Ontario.[13]

19. El Organismo de Energía de Ontario (OPA) fue creado por la *Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*, por la que se modificó la *Ley de electricidad de 1998*. Su creación se debió a que la estructura del mercado liberalizado establecido después de la disolución de Ontario Hydro en 1998 no atrajo la entrada suficiente de nuevos productores de electricidad, especialmente de los que utilizan fuentes de energía alternativas y renovables. El Gobierno delegó en el OPA la responsabilidad del desarrollo del sistema a medio y largo plazo, es decir, la previsión de la demanda y la fiabilidad de los recursos eléctricos, así como la celebración de contratos con los productores de electricidad para satisfacer esta demanda. También delegó en el OPA la facultad de imponer cargas a los consumidores para recuperar los costos de contratar con los productores de electricidad. Así pues, el OPA celebra contratos con los productores para suministrar electricidad, con inclusión de los

[11] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.A.2.
[12] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.A.3.
[13] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.A.4.

contratos TR, y carga a los consumidores las cuantías prometidas a los productores que superan las tarifas del mercado.

20. La Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO) es la encargada de administrar el mercado de la electricidad (es decir, de determinar cuánta electricidad se produce y consume, quién la produce y consume, cuándo y a qué tarifa de mercado) y de dirigir el funcionamiento de la red eléctrica para asegurar la coordinación en tiempo real entre el suministro y la demanda de electricidad.[14] Impone normas de mercado para el funcionamiento de la red eléctrica, conforme a las cuales dirige un mecanismo de liquidación automatizado que utiliza "cúmulos" de oferta y demanda para determinar para cada intervalo de cinco minutos: i) qué productores suministran electricidad y qué consumidores la consumen; ii) la cantidad de electricidad que se debe suministrar y consumir; y iii) la tarifa de mercado (es decir, el HOEP) para esa electricidad. Además, la IESO liquida los pagos entre los participantes en el mercado mayorista administrado por ella. Lo hace recaudando fondos de los consumidores mayoristas y distribuyéndoselos a los productores de electricidad de acuerdo con las tarifas debidas a cada uno de ellos (ya sea la tarifa de mercado o una tarifa regulada/contractual).

21. La Comisión de la Energía de Ontario (OEB) es el organismo que regula el sector eléctrico de Ontario de conformidad con el interés público. Lo hace mediante la facultad que tiene de fijar las tarifas de transmisión y distribución y de conceder licencias a todos los participantes en el mercado. La OEB determina los pagos que deben hacerse a los activos "regulados" de la OPG y también mantiene el Plan de precios regulados ("RPP"), que establece los precios que pagan la mayoría de los consumidores minoristas a sus LDC por la electricidad que consumen (es decir, por la electricidad como producto básico, con exclusión de las cargas por servicios). Además la OEB está encargada de establecer, entre otras cosas, códigos para los sistemas de transmisión y de distribución y la liquidación por suministro minorista.

d) Determinación de precios y liquidación de pagos

22. Los *precios pagados* por los consumidores a nivel mayorista y minorista en Ontario deben distinguirse de las *tarifas recibidas* por los productores de electricidad, que pueden ser la tarifa de mercado de HOEP o una tarifa regulada o contractual que normalmente es superior al HOEP.[15]

23. A nivel mayorista el precio total al por mayor cobrado a los consumidores consta de las siguientes partes: i) el precio por hora de la energía en Ontario (es decir, el HOEP), que es la tarifa completa debida a los productores que no tienen tarifas reguladas o contractuales; ii) el ajuste global, que solamente se distribuye a los productores que tienen tarifas reguladas o contractuales para compensar la diferencia entre el HOEP y la tarifa regulada/contractual; y iii) diversas cargas por servicios.

24. El primer elemento del precio de la electricidad, el HOEP, se fija en el mercado administrado por la IESO igualando ésta la oferta y la demanda de electricidad a través de un "sistema de cúmulo" automatizado para determinar el precio de mercado debido a todos los productores de electricidad de Ontario. El segundo elemento comprende las cantidades adicionales debidas a los productores que reciben tarifas reguladas/contractuales (es decir, los activos regulados de la OPG cuyas tarifas las fija la OEB, los activos no regulados de la OPG que tienen contratos con el OPA, los NUG que tienen contratos con el OPA o la OEFC, y la inmensa mayoría de los IPP que tienen contratos con el OPA). Estas cantidades adicionales se cobran a los consumidores a través del ajuste global. Aunque el ajuste global puede ser positivo o negativo, dependiendo de que la tarifa de mercado de HOEP sea menor o

[14] *Véase asimismo* la primera comunicación escrita del Japón, apéndice II.
[15] Primera comunicación escrita del Japón, secciones III.A.5 y III.A.6.

mayor que las tarifas fijadas, ha sido sistemáticamente positivo al menos desde 2009 ya que el OPA ha celebrado nuevos contratos para el suministro de electricidad a tarifas superiores al HOEP.

25. A nivel minorista los precios pagados por los consumidores minoristas generalmente se determinan sumando al precio al por mayor -es decir, el total del HOEP, el ajuste global y otras comisiones y cargas- una carga adicional por distribución para cubrir el costo de distribuir la electricidad al consumidor. Los consumidores particulares y las pequeñas empresas que compran la electricidad a sus LDC basándose en la utilización pagan precios RPP fijados por la OEB. Los consumidores minoristas que no están incluidos en el RPP (en general empresas más grandes) pueden celebrar contratos minoristas con una LDC o un revendedor de electricidad autorizado pagando un precio contractual por la electricidad durante un período fijo, más el ajuste global.

26. Es importante señalar que el Gobierno de Ontario compra la electricidad a las LDC como cualquier otros consumidor minorista de Ontario, es decir, pagando precios de mercado basados en el HOEP más el ajuste global. En particular, la utilización de energía en las instalaciones públicas en 2008-2009 fue aproximadamente de 0,307 TWh, que es una simple fracción de la cantidad de electricidad que se podría esperar que se generara en un determinado año en el marco de contratos TR de energía eólica y solar FV.[16]

27. En el diagrama en el que se muestra la corriente de dinero, que se adjunta como apéndice 1 a la primera comunicación escrita del Japón, se explica la forma en que los pagos realizados por los consumidores por la electricidad consumida se transfieren a los productores de electricidad. Esta cuestión se aborda con mayor detalle, en la sección II.B.2.c *infra*, en el análisis del procedimiento de liquidación previsto en el Programa TR.

B. EL PROGRAMA TR

28. El Programa TR se estableció el 1º de octubre de 2009 como el programa actual del Gobierno de Ontario para alentar la entrada en el mercado de productores de energía renovable garantizando a esos productores, mediante la celebración de un contrato con el OPA, una tarifa previamente establecida superior a la del mercado durante un tiempo determinado y hasta una capacidad contratada determinada.[17]

29. El Programa TR se divide en dos modalidades: TR y microTR. La modalidad TR se refiere a instalaciones con una capacidad superior a 10kW y la modalidad microTR se refiere a instalaciones con una capacidad de 10kW o inferior. Los contratos TR y microTR están disponibles para instalaciones que utilicen las tecnologías siguientes: biomasa, biogás, energía hidráulica, gas de los vertederos, solar FV y eólica. No obstante, solamente las instalaciones eólicas con capacidad superior a 10 kW (es decir, TR), las instalaciones FV con capacidad superior a 10 kW (es decir, TR) y las instalaciones FV con capacidad igual o inferior a 10kW (es decir, microTR) deben cumplir un requisito de contenido nacional para obtener un contrato, y en definitiva pagos, en el marco del Programa TR.

1. Antecedentes del Programa TR

30. El 14 de mayo de 2009 el Gobierno de Ontario promulgó la *Ley sobre energía verde y economía verde de 2009* que, entre otras cosas, añadió el artículo 25.35 a la *Ley de electricidad de 1998*, estableciendo el fundamento jurídico para el Programa TR.[18] Con esta Ley se pretendía

[16] *Véase* la segunda comunicación escrita del Japón, sección IV.A.
[17] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.B.
[18] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.B.1.

fomentar la entrada en el mercado de productores de energía renovable que de otro modo no tenían incentivos suficientes para hacerlo. Posteriormente, el 24 de septiembre de 2009, el Ministro de Energía publicó una directiva encomendando al OPA que creara el Programa TR.

31. En la presente diferencia es objeto de litigio el requisito de contenido nacional del Programa TR, que el Gobierno de Ontario estableció para alentar las inversiones en Ontario en instalaciones que fabrican equipo de generación de energía renovable. Al hacerlo, el gobierno provincial aspiraba a trasladar a Ontario la fabricación de equipo de generación de energía renovable, en detrimento de las importaciones de esos productos. Este requisito de contenido nacional impide el objetivo declarado por el Canadá de aumentar la generación de energía renovable en el suministro de electricidad de Ontario.

2. Funcionamiento del Programa TR

32. El Programa TR está regulado y administrado por varios documentos principales publicados por el OPA.[19] El Reglamento de tarifas reguladas (Reglamento TR) establece los requisitos sobre la idoneidad de los proyectos, el procedimiento de solicitud, la evaluación de la disponibilidad de conexión y la emisión de contratos. El modelo de contrato TR se utiliza para celebrar contratos TR individuales y establece los términos y condiciones uniformes aplicables a todos los proyectos TR, así como condiciones específicas de tecnología que han de revisarse antes de participar en el Programa. Además, el OPA publica definiciones normalizadas que se aplican al Reglamento TR y al contrato TR. También pone a disposición de los solicitantes un Panorama general del Programa TR en la que se explican los requisitos del Reglamento TR y del contrato TR. En cuanto a la modalidad microTR, el OPA también publica el Reglamento de microtarifas reguladas (Reglamento microTR) y el modelo de contrato de microtarifas reguladas (contrato microTR) y el Panorama general del Programa microTR.

33. En el Manual de mercado de la IESO se califica el Programa TR como un "Programa de oferta estándar", lo que significa que el Programa "ofrece un 'precio estándar' que los productores que reúnen los requisitos reciben simplemente cumpliendo los criterios de admisibilidad". Dicho de otra forma, cuando el productor cumple determinados requisitos básicos de admisibilidad, el OPA se obliga en virtud de un contrato TR a pagarle la tarifa contractual superior a la del mercado por la electricidad producida durante el plazo del contrato.

a) Requisito de contenido nacional

34. A efectos de la presente diferencia el requisito más importante que debe cumplir un productor TR de energía eólica o solar FV es el requisito de contenido nacional.[20] De conformidad con el artículo 6.4 b) del Reglamento TR, los productores TR que no satisfacen el requisito de contenido nacional incumplen el contrato TR, mientras que en el caso de los productores microTR la oferta de un contrato de ese tipo está supeditada estrictamente al cumplimiento del requisito de contenido nacional para la modalidad microTR.

35. El nivel de contenido nacional de un proyecto TR o microTR se determina tomando como referencia la "red de contenido nacional" que se facilita en el apéndice D del contrato TR y en el apéndice C del contrato microTR, en la que se enumeran los productos y servicios que se pueden utilizar para satisfacer el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional para una determinada instalación de generación y se especifica el porcentaje admisible que cada producto o servicio puede aportar al nivel de contenido nacional de un determinado proyecto. Para que los productores de

[19] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.B.2.
[20] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.B.3.

energía solar FV (TR y microTR) o eólica (TR) reciban las tarifas garantizadas a largo plazo en el marco del Programa TR, deben utilizar una cantidad suficiente de productos y servicios originarios de Ontario enumerados en la red de contenido nacional aplicable para satisfacer el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional aplicable. Esto crea por sí mismo un incentivo para que esos productores utilicen productos originarios de Ontario con preferencia a los de otros orígenes en sus instalaciones de generación de energía solar FV o eólica. No obstante, en las redes de contenido nacional *se exige* de hecho que para *todos* los tipos de proyectos *han de* utilizarse *al menos algunos* productos fabricados, formados o ensamblados en Ontario para satisfacer los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional, lo que pone de manifiesto la naturaleza especialmente perjudicial del requisito de contenido nacional objeto de la presente diferencia. En el cuadro siguiente se resumen los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional para los contratos TR y microTR.

	Eólica (TR)		**Solar FV (TR)**		**Solar FV (microTR)**	
Fecha de comienzo de la explotación comercial	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010	2011-
Nivel mínimo obligatorio de contenido nacional	25%	50%	50%	60%	40%	60%

Niveles mínimos obligatorios de contenido nacional para los contratos TR de energía eólica y solar FV

b) Tarifas y condiciones de los contratos TR

36. Todos los proyectos TR que no sean de energía hidroeléctrica tienen una duración fija de 20 años. De conformidad con los contratos TR o microTR, al productor se le garantiza el pago de la tarifa contractual para toda la electricidad que produce (o podría haber producido de no haber sido por las instrucciones en sentido contrario de la IESO) hasta la capacidad contratada de su proyecto durante todo el plazo del contrato.[21]

37. Las tarifas previstas en el Programa TR varían según el tipo de combustible renovable, capacidad contratada y, en algunos casos, la categoría del solicitante u otras características de los proyectos. En el cuadro que figura a continuación se resumen las tarifas aplicables para los proyectos de energía eólica y solar FV (TR y microTR) al 3 de junio de 2011.

Combustible renovable	**Tramos de potencia**	**Tarifa contractual (centavos/kWh)**	**Porcentaje de ajuste**
Solar PV			
Instalado en el techo	≤ 10 kW	80,2	0%
Instalado en el techo	> 10 ≤ 250 kW	71,3	0%
Instalado en el techo	> 250 ≤ 500 kW	63,5	0%
Instalado en el techo	> 500 kW	53,9	0%
Instalado en tierra	≤ 10 kW	64,2	0%
Instalado en tierra	> 10 kW ≤ 10 MW	44,3	0%
Eólica			
Terrestre	Cualquier tamaño	13,5	20%
Marítima	Cualquier tamaño	19,0	20%

Tarifas contractuales para los proyectos TR de energía eólica y solar FV

[21] Primera comunicación escrita del Japón, secciones III.B.2.a.ii, III.B.2.b.

c) Procedimiento de liquidación

38. El procedimiento de liquidación para los productores de electricidad, incluidos los productores TR y microTR, varía en función de que la instalación de generación esté conectada al sistema de transmisión o al de distribución.[22] La diferencia fundamental es que los productores que están conectados al sistema de transmisión liquidan el HOEP con la IESO y el ajuste global con el OPA, mientras que los que están conectados al sistema de distribución liquidan la totalidad de su tarifa contractual (es decir, el HOEP y el ajuste global) con su distribuidor local, que a su vez liquida el ajuste global con el OPA a través de la IESO. La función activa de la IESO en la recaudación del ajuste global a los consumidores de electricidad y la función activa del OPA para transferir a los productores TR las partes del ajuste global que se les adeudan como consecuencia de los contratos TR están firmemente establecidas en diversas leyes y reglamentos de Ontario.

39. Cuando se trata de proyectos conectados al sistema de transmisión, el productor TR recibe el HOEP de la IESO a través del sistema de liquidación de ésta (o paga el HOEP si es negativo) y a continuación liquida la diferencia entre la tarifa contractual y el HOEP (o cero, la cifra que sea mayor) con el OPA. Éste recibe los fondos para liquidar esta diferencia de la recaudación del ajuste global realizada por la IESO a los consumidores de electricidad y utiliza esos fondos para pagar a los productores TR la diferencia entre la tarifa contractual y el HOEP.

40. En el caso de los proyectos conectados al sistema de distribución, los productores liquidan la totalidad de la tarifa contractual (es decir, la cantidad total adeudada al productor con arreglo al contrato) con la LDC, que después liquida con el OPA a través del sistema de liquidación de la IESO antes analizado para asegurar que la LDC pague solamente el precio al por mayor por la electricidad.

41. No obstante, es importante señalar que con independencia de que se trate de un proyecto conectado al sistema de transmisión o al de distribución, en última instancia la responsabilidad de los pagos en el marco de los contratos TR y microTR corresponde al OPA.

3. Contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV

42. Las medidas objeto de la presente diferencia comprenden no solamente el requisito de contenido nacional del Programa TR en sí mismo, sino también los requisitos de contenido nacional incluidos en los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV en su aplicación.[23] Estos contratos celebrados individualmente sirven no solamente como prueba de la aplicación del requisito de contenido nacional en el Programa TR, sino también como medidas en sí mismas que el Japón impugna por considerarlas incompatibles con las obligaciones del Canadá en el marco de la OMC.

43. Los datos facilitados por el OPA confirman la existencia de centenares de contratos TR celebrados para proyectos de energía eólica y solar FV y de contratos microTR para proyectos de energía solar FV al 24 de marzo de 2011. Además, estadísticas que el OPA ha hecho públicas indican que al 30 de septiembre de 2011 (es decir, durante los dos primeros años del Programa TR), el OPA había celebrado 1.786 contratos para proyectos de energía solar FV (incluidos contratos microTR) por un valor de 1.240 megavatios (MW) y 71 contratos para proyectos de energía eólica por un valor 2.575 MW y es probable que haya seguido celebrando nuevos contratos desde esa fecha. Cada uno de estos contratos incluye niveles mínimos obligatorios de contenido nacional de acuerdo con las versiones aplicables de los Reglamentos y contratos TR y microTR y un número importante de estos

[22] Primera comunicación escrita del Japón, secciones III.B.2.a.iii, III.B.2.b.
[23] Primera comunicación escrita del Japón, sección III.B.4.

contratos se han concedido con una fecha de conexión o ya se encuentran en la fase de explotación comercial.

44. Por lo tanto, una evaluación objetiva de los hechos disponibles de conformidad con el artículo 11 del ESD debería llevar al Grupo Especial a la conclusión de que todos los contratos TR para proyectos de energía eólica y solar FV y los contratos microTR para proyectos de energía solar FV que ya se están explotando comercialmente han cumplido sus niveles mínimos obligatorios de contenido nacional y que actualmente se están haciendo pagos TR en virtud de estos contratos.

III. ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. ORDEN DE ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES DEL JAPÓN Y ECONOMÍA PROCESAL

45. En la presente diferencia el Japón formula alegaciones y argumentos en el marco de los Acuerdos siguientes: 1) el Acuerdo SMC; 2) el GATT de 1994; y 3) el Acuerdo sobre las MIC. Sostiene que el Grupo Especial debería comenzar su análisis por los argumentos que el Japón formula respecto del Acuerdo SMC, a continuación los argumentos relativos al GATT de 1994 y finalmente terminar con los argumentos del Japón relativos al Acuerdo sobre las MIC. No obstante, el Grupo Especial no puede aplicar el principio de economía procesal con respecto a ninguna de las alegaciones del Japón, sino que debe formular constataciones sobre las tres series de alegaciones.[24]

46. El Grupo Especial debe empezar por los argumentos del Japón relativos al Acuerdo SMC por tres razones principales. Primera, el Órgano de Apelación declaró en *CE - Banano III* que se deben analizar en primer lugar las disposiciones del acuerdo que "se ocupa específicamente y de forma detallada" de las medidas en litigio[25], y en el caso que nos ocupa el Programa TR concede precisamente subvenciones a los productores TR supeditadas a que empleen productos nacionales con preferencia a los importados. Segunda, si prosperan los argumentos del Japón relativos al Acuerdo SMC, permitirían la adopción de una medida correctiva en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC que resolvería la presente diferencia con más rapidez que la medida correctiva prevista en el párrafo 1 del artículo 19 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") que se derivaría de una infracción del GATT de 1994 o del Acuerdo sobre las MIC. Tercera, una constatación favorable en relación con los argumentos del Japón relativos al GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC no permitiría al Grupo Especial aplicar el principio de economía procesal respecto de los argumentos del Japón relativos al Acuerdo SMC, de tal manera que el Grupo Especial no podría eliminar esta parte de su evaluación empezando por los argumentos relativos al GATT de 1994 y al Acuerdo sobre las MIC.

47. En cuanto a los argumentos del Japón respecto del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, el Japón sostiene que el Grupo Especial debería examinar primero los argumentos relativos al GATT de 1994 por cuatro razones principales. Primera, tanto el Japón como el Canadá han presentado sus argumentos relativos al GATT de 1994 antes que los relativos al Acuerdo sobre las MIC. Segunda, no hay ningún desacuerdo entre las partes en que las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio ("MIC") o en que son incompatibles con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; la única diferencia entre las partes es si las medidas están excluidas del ámbito del aplicación del artículo III del GATT en virtud del párrafo 8 a) de este artículo. Tercera, grupos especiales anteriores de la OMC no han analizado de manera uniforme uno de estos argumentos antes que el otro. Cuarta, no es necesaria una determinada secuencia de análisis salvo si el hecho de no seguirse dicha secuencia "daría lugar a un error de

[24] *Véase* la respuesta del Japón a la pregunta 24 del Grupo Especial después de la primera reunión.
[25] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204.

derecho"[26], y en este caso analizar los argumentos concernientes al GATT de 1994 antes que los relativos al Acuerdo sobre las MIC no daría lugar a un error de derecho.

48. Por último, el Grupo Especial no puede aplicar el principio de economía procesal con respecto a ninguna de las alegaciones del Japón porque las infracciones del Acuerdo SMC dan lugar a recomendaciones y resoluciones en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, mientras que las infracciones del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre las MIC dan lugar a recomendaciones y resoluciones en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD. El Grupo Especial está obligado a tenor del artículo 11 del ESD a formular todas las conclusiones que "ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados" para "hallar una solución positiva a las diferencias" de conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Como las recomendaciones y resoluciones formuladas exclusivamente en el marco del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC o exclusivamente en el marco del párrafo 1 del artículo 19 del ESD pueden ser insuficientes para resolver la presente diferencia, el Grupo Especial debe examinar todos los argumentos y alegaciones del Japón.

B. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, CONCEDEN SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS, DE MANERA INCOMPATIBLE CON LAS OBLIGACIONES DEL CANADÁ EN VIRTUD DE LOS PÁRRAFOS 1 B) Y 2 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

1. Párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC: "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios"

49. El Japón comienza demostrando que las tarifas eléctricas garantizadas previstas en el Programa y los contratos TR satisfacen el primer elemento de la definición de subvención a tenor del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[27] Aduce esencialmente que las tarifas garantizadas que el OPA paga y se compromete contractualmente a pagar en virtud del Programa y los contratos TR dan lugar a una "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" como se define en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 porque implican una "transferencia directa de fondos" o "posibles transferencias directas de fondos" del Gobierno de Ontario. El Japón sostiene además que estas tarifas garantizadas son una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios para los productores TR, en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.

50. El Programa y los contratos TR constituyen una "práctica de un gobierno [que] impli[ca] una transferencia directa de fondos" porque, de conformidad con el Reglamento y los contratos TR, el OPA es "responsable ante el proveedor de los pagos contractuales". Según las definiciones normalizadas TR, la expresión "pagos contractuales" se refiere a "todos los pagos correspondientes a un proveedor en el marco de un contrato TR… determinados para cada período de liquidación de acuerdo con el apéndice B del contrato TR". En términos generales, el apéndice B del contrato TR dispone lo siguiente:

- en el caso general en que un productor TR suministra electricidad a la red, el pago contractual por kWh es igual a la tarifa contractual menos el HOEP; y

[26] Informes del Grupo Especial, *China - Partes de automóviles*, párrafo 7.99, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 109.

[27] *Véanse* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.A.1; y la respuesta del Japón a la pregunta 5 del Grupo Especial después de la primera reunión.

- en el caso especial en que se ordena a un productor TR que no suministre electricidad a la red, el pago contractual por kWh es igual a la totalidad de la tarifa contractual.

El Gobierno de Ontario delega en el OPA la facultad de "establecer e imponer cargas para recuperar de los consumidores sus costos y pagos relacionados con contratos de adquisición".[28] En virtud de esta facultad, el OPA recauda estos pagos contractuales de los consumidores a través del ajuste global y después se los distribuye a los productores TR de acuerdo con los términos de sus contratos TR. El Japón sostiene que la forma más correcta de caracterizar estos pagos es como "transferencia[s] directa[s] de fondos".[29]

51. Con independencia del pago efectivo de las tarifas contractuales TR, los compromisos asumidos por el OPA en los contratos TR de conceder estas tarifas a lo largo de un plazo determinado también dan lugar a una "posible transferencia directa de fondos". Con arreglo al contrato TR el productor tiene derecho a pagos garantizados para toda la electricidad generada (o condonada por orden de la IESO) en la medida de la capacidad contratada durante el plazo del contrato, que es de 20 años en el caso de contratos de energía eólica y solar FV. La celebración por el OPA de contratos TR, que obliga al organismo a desembolsar esos pagos, es por tanto una práctica del gobierno que implica una "posible transferencia directa de fondos".[30]

52. Estas contribuciones financieras lo son "de un gobierno o de cualquier organismo público" porque el OPA, que en última instancia es responsable de todos los pagos TR, es un "organismo público". El OPA es sin lugar a dudas un organismo público porque posee y ejerce facultades gubernamentales, que se le han conferido expresamente por disposiciones legales y directivas del Ministro de Energía y porque el Gobierno de Ontario ejerce un verdadero control sobre el organismo y su gestión.[31]

53. Aunque el Grupo Especial constate que los pagos del OPA a los productores TR y los compromisos de pago contraídos en virtud de contratos TR no son contribuciones financieras de un organismo público, el Japón sostiene que el Programa y los contratos TR constituyen una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" a los productores de electricidad en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994. Una interpretación de la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" de acuerdo con las normas usuales de interpretación de tratados del derecho internacional demuestra que el Programa y los contratos TR constituirían ese "sostenimiento de los ingresos o de los precios" si contribuyeran a los ingresos o los precios de los productores TR, reduciendo con ello las importaciones de cualesquiera productos en Ontario y distorsionando el comercio internacional. En este caso, al pagar tarifas garantizadas superiores a las del mercado a los productores de energía renovable, y al comprometerse a conceder estas tarifas a lo largo de un plazo de 20 años para los productores de energía eólica y solar FV, el Gobierno de Ontario contribuye a sostener los precios y los ingresos de los productores TR e incentiva la producción de energía renovable. Además, como el Gobierno de Ontario hace esta contribución supeditándola a un requisito de contenido nacional (es decir, la recepción está supeditada a que el productor TR emplee equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario), incentiva la producción de ese equipo en Ontario y reduce las importaciones de equipo de ese tipo en Ontario. Por estas razones el Programa y los contratos TR constituyen una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios".[32]

---

[28] *Ley de electricidad de 1998*, Japón - Prueba documental 005, artículo 25.20.

[29] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 189-191; respuesta del Japón a la pregunta 5 del Grupo Especial después de la primera reunión, párrafos 2 y 3.

[30] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 192-194.

[31] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 195-204.

[32] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 205-214.

54. Carece de fundamento el argumento del Canadá de que el Programa y los contratos TR están correctamente caracterizados como "compr[as] [de] bienes" por el OPA, y no como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios".[33]

55. El argumento del Canadá es infundado porque la "compr[a] [de] bienes" no es ni siquiera una caracterización plausible de estas medidas. El verbo "*purchase*" (comprar) significa en términos generales "[t]o *obtain;* to gain *possession* of" (obtener; conseguir la posesión de), y de manera más limitada "[t]o *acquire* in exchange for *payment* in money or an equivalent*;* to buy" (adquirir a cambio de un pago en dinero o equivalente; comprar).[34] Sin embargo, el Programa TR no tiene por objetivo fomentar la generación de energía renovable para suministrar electricidad exclusivamente al OPA u otros organismos del Gobierno de Ontario, sino a todos los consumidores de electricidad de Ontario. Tampoco está concebido para que el Gobierno de Ontario pueda vender la electricidad generada en el marco de contratos TR a los distribuidores locales y/o a los consumidores. El aspecto que define los contratos TR es que garantizan a los productores de energía renovable pagos superiores a los que recibirían de no ser por el Programa TR y, en consecuencia, el OPA nunca tiene la posesión de la electricidad suministrada en el marco del Programa TR ni ejerce control sobre su obtención.[35] El OPA no tiene ningún interés en obtener la posesión de esa electricidad ya que no la consume para su propio uso, no pretende obtener beneficios de su reventa y no gestiona ni controla la producción ni la transmisión de la electricidad en Ontario.[36] De hecho, el OPA no obtiene, no consigue la posesión, ni adquiere la electricidad suministrada en el marco de los contratos TR. Esa electricidad se inyecta en la red y va directamente a los consumidores.

56. El Canadá aduce que la caracterización de los contratos TR como "compras" con arreglo al texto de sus medidas internas demuestra que son "compras" a efectos de las normas de la OMC, pero el Órgano de Apelación ha rechazado este argumento.[37] La última vez, en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación afirmó de manera inequívoca lo siguiente: "observamos que la clasificación de una transacción con arreglo a la legislación interna no es 'determinante' de si la medida puede caracterizarse como contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC".[38] Por consiguiente, la caracterización y el régimen de una medida con arreglo a la legislación interna no es determinante de su naturaleza con arreglo a las normas de la OMC. Una conclusión en sentido contrario equivaldría a permitir al Canadá, el Miembro demandado, decidir si sus medidas son compatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC, lo que "[e]s claro que [ ] no puede ser así".[39]

---

[33] *Véanse* la declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, sección III.B.1; la segunda comunicación escrita del Japón, sección III; la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, sección II.A; la respuesta del Japón a la pregunta 25 del Grupo Especial después de la segunda reunión; la observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 24 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[34] *The Oxford English Dictionary*, OED Online, Oxford University Press, http://www.oed.com/view/Entry/154832 (sin cursivas en el original).

[35] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 23.

[36] *Véase* la observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial, párrafo 60.

[37] Segunda comunicación escrita del Japón, sección III.A.

[38] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 586 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 56). *Véase también id.*, párrafos 593, 604.

[39] Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (EE.UU.)*, párrafo 66.

57. El Canadá sostiene también que la existencia de condiciones para los pagos TR, tales como el suministro de la electricidad a la red, sirve de prueba de que son "compras" de electricidad y no "transferencia[s] directa[s] de fondos". Sin embargo, el Órgano de Apelación ha explicado que "lo que contempla [el inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1] es un suministro por el gobierno ... de fondos, *independientemente de que ello se haga gratuitamente o a cambio de una remuneración*"[40], señalando que una "donación condicional" (que es análoga a la situación de los pagos TR) es un ejemplo indiscutible de una "transferencia directa de fondos". Por consiguiente, las condiciones impuestas a los pagos TR son neutrales o carecen de pertinencia para determinar si los contratos TR se pueden calificar jurídicamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos".[41]

58. El Órgano de Apelación ha explicado que en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial debe en primer lugar comprender debidamente las características pertinentes de una medida y, en segundo lugar, evaluar si la medida está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) del artículo 1 y en qué circunstancias.[42] El Japón sostiene que las características pertinentes del Programa TR con respecto a los productores de energía eólica y solar FV son las siguientes:

- el productor TR tiene que construir una instalación de generación cumpliendo al mismo tiempo el requisito de emplear equipo de generación de energía eólica y solar FV fabricado en Ontario al construir la instalación;

- a cambio el OPA promete pagar una tarifa superior a la del mercado que garantiza la recuperación de los costos más un rendimiento razonable por la inversión a lo largo de un período de 20 años;

- el OPA paga la tarifa al productor cuando éste suministra electricidad a la red, o cuando retiene ese suministro siguiendo las instrucciones recibidas de la IESO, hasta la capacidad contratada; y

- la electricidad inyectada en la red va directamente a los consumidores, sin que el OPA ni ningún otro organismo público tome posesión de la electricidad, tenga derecho a tomar posesión de la electricidad, utilice o pretenda utilizar la electricidad o intente obtener un beneficio de la reventa de la electricidad.

Estas características pertinentes ponen de manifiesto que la naturaleza de los contratos TR se puede resumir como un programa destinado a financiar la construcción de instalaciones de generación de energía renovable en Ontario, en el que esas instalaciones que utilizan tecnologías de energía eólica y solar FV están obligadas a emplear en su producción de electricidad equipo de generación de fabricación nacional.[43] En consecuencia, los contratos TR están caracterizados debidamente como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" -y no como "compr[as] [de] bienes"- en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

---

[40] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 618 (sin cursivas en el original).

[41] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 43-45.

[42] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafos 585 y 586.

[43] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 36; respuesta del Japón a la pregunta 25 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 9.

59. No obstante, aunque los contratos TR puedan caracterizarse como "compr[as] [de] bienes", el Grupo Especial todavía puede caracterizarlos como "transferencia[s] directa[s] de fondos", "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios", porque el Órgano de Apelación dejó claro en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* que una transacción puede estar abarcada por múltiples apartados del párrafo 1 a) 1) del artículo 1[44], y además, la presencia de la conjunción "o" entre los párrafos 1 a) 1) y 1 a) 2) del artículo 1 no impide que una medida pueda caracterizarse plausiblemente a tenor de las dos disposiciones. Así pues, el Grupo Especial puede determinar si los pagos TR otorgan algún beneficio a los productores TR basándose en que esos pagos son "transferencia[s] directa[s] de fondos" (o subsidiariamente "posibles transferencias directas de fondos" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios"), aunque los contratos TR también se pueden caracterizar como "compr[as]" de electricidad.[45]

60. Por último, aunque el Grupo Especial constatara que los contratos TR deben ser caracterizados *únicamente* como compras de bienes por el gobierno (lo que no es cierto), el Japón ha satisfecho la carga que le corresponde en la presente diferencia. La razón es que las compras de bienes están enumeradas explícitamente en el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y, por lo tanto, el argumento del Canadá concerniente a la "compra de bienes" se debe considerar como su admisión de que los contratos TR satisfacen el primer elemento de la definición de subvención, es decir, "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público". Además, el análisis del beneficio para los contratos TR caracterizados como compras de bienes no sería distinto que si se caracterizaran como transferencias directas de fondos, es decir, el beneficio se puede evaluar, sobre una base unitaria, teniendo en cuenta la diferencia entre la tarifa TR y la tarifa de mercado para la electricidad en Ontario. Por consiguiente, si el Grupo Especial constatara que los contratos TR deben ser caracterizados *únicamente* como compras de bienes por el gobierno, aún debería constatar que esos contratos son subvenciones a tenor del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y subvenciones prohibidas a tenor de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 de dicho Acuerdo.[46]

2. Párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC: "beneficio"

61. El Japón demuestra a continuación que el Programa y los contratos TR otorgan un "beneficio" a los productores TR, con lo que se cumple el segundo elemento de la definición de subvención de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[47] Como el Japón ha formulado una alegación de existencia de subvención prohibida al amparo de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, basta que demuestre solamente la *existencia* de un beneficio; no es necesario cuantificar exactamente el beneficio.

62. El "beneficio" debe evaluarse desde la perspectiva del receptor de una contribución financiera tomando como punto de partida una referencia de mercado. En particular, el Órgano de Apelación y grupos especiales de la OMC han constatado que una "contribución financiera" otorga un "beneficio" cuando se realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor

---

[44] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafo 613 y nota 1287.

[45] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 28; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 7; observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 24 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[46] Respuesta del Japón a la pregunta 22 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 7.

[47] *Véanse* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.A.2; la declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, sección III.B.2; la segunda comunicación escrita del Japón, sección II; la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, sección II.B; y la respuesta del Japón a la pregunta 28 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

en el mercado. Por lo tanto, "es necesario determinar si [la contribución financiera] *coloca al receptor en una posición más ventajosa que la que habría tenido de no ser por ella.* ... En consecuencia, sólo se conferirá un 'beneficio', es decir, una ventaja, con una contribución financiera, si ésta se *realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor en el mercado*".[48]

63. Puesto que cada forma de "contribución financiera" otorga un tipo distinto de "beneficio", éste ha de examinarse en relación con la disposición en cuestión del párrafo 1 a) del artículo 1. Por consiguiente:

- El beneficio otorgado con respecto a la transferencia directa de fondos, sobre una base unitaria, se puede evaluar examinando la diferencia entre la tarifa garantizada por el OPA con arreglo al contrato TR y la tarifa que el productor TR habría recibido por su electricidad en el mercado mayorista donde la tarifa se fija en el punto en que coinciden la oferta y la demanda de electricidad.

- El beneficio otorgado con respecto a las posibles transferencias directas de fondos se puede evaluar examinando el valor de mercado de los compromisos contraídos en un contrato TR en comparación con lo que el productor TR ha cedido o "pagado" para obtener ese contrato, o comparando los compromisos contraídos en el contrato TR con las condiciones que un productor TR podría obtener en un hipotético contrato con un comprador de electricidad basado en el mercado.

- Con respecto al sostenimiento de los precios, como los precios de los productores TR están sostenidos por la diferencia entre la tarifa de mercado y la tarifa del contrato TR, el análisis del beneficio sería muy similar al que se realiza en el caso de una transferencia directa de fondos.

- Y con respecto al sostenimiento de los ingresos, como los ingresos de los productores TR están sostenidos por la diferencia entre la corriente de ingresos prometida por el OPA en virtud del contrato TR y la corriente de ingresos que los productores recibirían en el mercado, el análisis del beneficio supondría sustraer de la corriente de ingresos derivados de las tarifas de los contratos TR la corriente de ingresos derivados de una tarifa de mercado, derivándose en parte por tanto del análisis del beneficio en el caso de posibles transferencias directas de fondos.[49]

64. Teniendo en cuenta los hechos de la presente diferencia, cada uno de los análisis obliga a sustraer el valor de mercado de la electricidad de Ontario (que naturalmente depende del precio de mercado de la electricidad en Ontario) de las cantidades concedidas en virtud de los contratos TR.[50] Como es suficiente que el Japón demuestre solamente la existencia de un beneficio, y no es necesario cuantificarlo exactamente, el Japón presenta al Grupo Especial varias posibles referencias para el precio de mercado de la electricidad en Ontario, cada una de las cuales demuestra evidentemente la existencia de un beneficio en el marco del sistema de precios TR.

---

[48] *Véanse* el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 149 (sin cursivas en el original); informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles,* párrafo 849. *Véanse asimismo* el informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 7.24; y el informe del Grupo Especial, *Corea - Embarcaciones comerciales*, párrafo 7.427.

[49] Primera comunicación escrita del Japón, secciones IV.A.2.a, IV.A.2.b y IV.A.2.c.

[50] Respuesta del Japón a la pregunta 21 del Grupo Especial después de la primera reunión, párrafo 2.

65. En particular el Grupo Especial debería examinar como sigue las referencias propuestas por el Japón:

- HOEP: es la referencia de mercado más adecuada porque es: i) la tarifa determinada tomando como base la oferta y la demanda en Ontario; y ii) la tarifa que un productor de energía renovable en Ontario *recibiría realmente* de no ser por el Programa TR;

- la tarifa al por mayor calculada por el Japón: el cálculo realizado por el Japón del promedio ponderado de la tarifa para la electricidad como producto básico en Ontario que se ofrece a los productores distintos de los que generan energía renovable en Ontario;

- la tarifa del RPP correspondiente al cargo por la electricidad como producto básico: el cálculo realizado por la OEB con arreglo al RPP del promedio ponderado de la tarifa correspondiente a la electricidad como producto básico en Ontario, que sirve de *tope* de la cuantía que los consumidores de Ontario pagan por ese producto en Ontario, teniendo en cuenta las tarifas concedidas a *todos* los productores de electricidad de Ontario, lo que significa que los productores de Ontario no deberían poder participar en el mercado y esperar recibir una tarifa superior a ésta; y

- tarifas al por mayor fuera de Ontario: las tarifas medias al por mayor en mercados de electricidad no regulados/competitivos fuera de Ontario -específicamente los mercados cercanos de Alberta, Nueva York, Nueva Inglaterra y los Estados Unidos del Atlántico Medio- a las que el Grupo Especial puede recurrir *si* determina que las tarifas interiores antes indicadas están distorsionadas de alguna manera.[51]

66. En el caso del HOEP, el Japón señala que cualquier productor de Ontario, incluidos los de energías renovables, puede participar en el mercado mayorista administrado por la IESO y vender electricidad al precio HOEP sin ningún tipo de contrato de suministro a largo plazo, siempre que el productor cumpla todos los requisitos de carácter técnico y reglamentario.[52] En el caso de la tarifa del RPP correspondiente al cargo por la electricidad como producto básico, el Japón observa que los consumidores de Ontario seguirán pagando la misma tarifa por la electricidad como producto básico que la que pagan actualmente y, por lo tanto, de no ser por el Programa TR, el OPA puede suscribir un contrato de suministro con un nuevo productor que pueda suministrar electricidad a esa tarifa o a una inferior, porque no obligará al OPA a aumentar la cuantía del ajuste global y, por consiguiente, la tarifa que pagarán los consumidores. Para determinar la referencia de mercado no sería razonable suponer que el OPA pudiera celebrar un contrato de suministro con un productor que pueda suministrar la electricidad a una tarifa superior a la que pagan actualmente los consumidores de Ontario porque eso les obligaría a pagar más de lo que pagan actualmente.[53]

67. En el cuadro siguiente se resumen las referencias propuestas por el Japón y una comparación con las tarifas TR que demuestra la existencia de un beneficio.

[51] Respuesta del Japón a la pregunta 7 del Grupo Especial después de la primera reunión, párrafos 10-16; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 8-12; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 14-19; respuesta del Japón a la pregunta 31 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[52] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 10. *Véase también* la observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 2 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 3.

[53] Respuesta del Japón a la pregunta 26 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 15.

Tarifas de referencia	
Referencia	**Tarifa (centavos/kWh)**
Promedio ponderado del HOEP	3,79
Promedio ponderado de la tarifa al por mayor para los productores de Ontario que no sean los acogidos a los Programas TR y RESOP (por capacidad)	7,02
Promedio ponderado de la tarifa al por mayor para los productores de Ontario que no sean los acogidos a los Programas TR y RESOP (por suministro)	7,13
Tarifa media al por mayor en Alberta	5,2
Tarifa media al por mayor en Nueva York ISO	6,1
Tarifa media al por mayor en Nueva Inglaterra ISO	5,3
Tarifa media al por mayor en los Estados Unidos del Atlántico Medio	4,9
Precios al por menor del RPP de Ontario establecidos por la OEB (contadores convencionales)	7,1 (nivel bajo) 8,3 (nivel alto)
Precios al por menor del RPP de Ontario establecidos por la OEB (contadores inteligentes)	6,2 (horario valle) 9,2 (horario medio) 10,8 (horario punta)
Tarifas TR	
Productor TR	**Tarifa (centavos/kWh)**
Solar FV, instalado en el techo, ≤ 10 kW	80,2
Solar FV, instalado en el techo, > 10 ≤ 250 kW	71,3
Solar FV, instalado en el techo, > 250 ≤ 500 kW	63,5
Solar FV, instalado en el techo, > 500 kW	53,9
Solar FV, instalado en tierra, ≤ 10 kW	64,2
Solar FV, instalado en tierra, > 10 kW ≤ 10 MW	44,3
Eólica terrestre, cualquier tamaño	13,5 + 20% ajuste
Eólica marítima, cualquier tamaño	19,0 + 20% ajuste

Comparación de las tarifas TR con las tarifas de referencia

68. El Japón sostiene también que el Grupo Especial puede confirmar la existencia de un beneficio en este caso examinando los antecedentes del mercado de la electricidad en Ontario y el diseño y la estructura objetivos del Programa TR.

69. Los antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario demuestran que esta provincia estableció la estructura actual de su mercado, con inclusión del OPA y finalmente del Programa TR, porque el mercado liberalizado que administraba en 2002 no atrajo a la provincia un suministro suficiente de electricidad, inclusive de fuentes renovables. Por consiguiente, el Gobierno de Ontario decidió internalizar las externalidades positivas de la energía renovable garantizando pagos que cubren los costos de producción y beneficios razonables para esos productores, pagos que en caso contrario esos productores no habrían podido obtener en el mercado. Dicho de otra manera, los antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario demuestran que, de no ser por el Programa TR, estos productores no estarían participando actualmente en el mercado.[54]

70. Además, el diseño y la estructura objetivos del Programa TR confirman que los contratos TR otorgan un "beneficio" a los productores TR. Esos contratos ofrecen condiciones que garantizan un precio que cubre los costos de producción del productor *y* proporciona un beneficio razonable durante un período de 20 años a los productores de energía eólica y solar FV que interesan en la presente diferencia. Debería ser evidente que ningún productor que participa generalmente en el mercado tendría esa certeza de recuperar sus costos de producción y un beneficio razonable durante un período tan largo. Dicho con otras palabras, el Programa TR elimina el riesgo al que en otro caso tendrían que

[54] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 3-7; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 10-13; observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 1 y 42 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

enfrentarse los productores de energía eólica y solar FV si participaran en condiciones normales de mercado. Esto demuestra también que dichos productores obtienen un trato más ventajoso con sus contratos TR que el que obtendrían en el mercado y por lo tanto también es indicativo de que se otorga un beneficio.[55]

71. Como el análisis del beneficio exige una comparación con una "referencia de mercado", y no con un *precio* de mercado específico[56], los antecedentes del mercado de la electricidad de Ontario y del diseño y la estructura objetivos del Programa TR pueden resultar útiles para evaluar si las condiciones que reciben los productores TR cuando celebran esos contratos con el OPA son más ventajosas que las que podrían haber obtenido en el mercado de Ontario en ese momento.[57]

72. El argumento del Canadá según el cual la referencia de mercado adecuada en este caso debería ser un precio que refleje los mayores costos de producción de la electricidad procedente de fuentes renovables es infundado.[58] El Canadá interpreta mal el análisis del beneficio exigido en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Este análisis requiere una comparación entre una situación *real* (cuál es la situación existiendo la medida en litigio) y una *situación hipotética* (cuál habría sido la situación si no hubiera existido *esa medida)*.[59] Exige por tanto una referencia que refleje "las condiciones conforme a las cuales *se intercambiarían* los bienes… en cuestión *en condiciones de mercado"*.[60] Por consiguiente, un precio de mercado a efectos del análisis del beneficio "no se determina considerando exclusivamente la oferta o exclusivamente la demanda, sin referencia al otro factor"; por el contrario, "[e]l precio de un bien o servicio ha de reflejar la interacción entre las consideraciones relativas a la oferta y las relativas a la demanda en las condiciones reinantes en el mercado".[61] En consecuencia, las opiniones de los usuarios finales de la electricidad en Ontario, y las condiciones que esos usuarios finales consideran en sus transacciones al comprar electricidad a los productores en el mercado de Ontario, son muy pertinentes para evaluar la referencia de mercado hipotética adecuada para comparar las medidas de subvención de que se trata. La pregunta pertinente es la siguiente: ¿qué tarifa recibirían de los consumidores los productores de energía eólica y solar por su electricidad en el mercado de Ontario si no existiera el Programa TR?[62]

73. El Canadá no ha demostrado que existan en Ontario mercados diferentes para la electricidad renovable y no renovable, donde los proveedores y consumidores intercambian energía renovable a un precio superior que refleja los costos de producción más elevados de la energía renovable. Esto no

[55] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 13-16; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 20; respuesta del Japón a la pregunta 32 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[56] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, párrafos 641, 647.

[57] *Véase* la observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial, nota 8. De hecho, el Japón presentó pruebas de las condiciones que podrían obtener los productores FIT en el mercado de Ontario con arreglo a contratos privados, y esas condiciones son claramente menos ventajosas que las ofrecidas en el marco de los contratos FIT. *Véase* la respuesta del Japón a la pregunta 28 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 41.

[58] *Véanse* la declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, sección III.B.2; la segunda comunicación escrita del Japón, sección II; y la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, sección II.B.

[59] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 973.

[60] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 975 (sin cursivas en el original).

[61] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 981 y 982.

[62] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 22. *Véase también* la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 16.

debería sorprender porque, como el Canadá acepta, la electricidad es un producto y por lo tanto una unidad de electricidad no se puede distinguir de otra unidad en Ontario. El Japón observa además que el Programa TR de Ontario no da a los consumidores la posibilidad de elegir una fuente renovable para la electricidad que consumen y de pagar una tarifa superior por esa electricidad. Antes bien, las tarifas superiores debidas a los productores TR se distribuyen entre todos los consumidores a través del ajuste global para fijar un precio único que pagan los consumidores por la electricidad.

74. Al no existir un mercado definido para la electricidad renovable en Ontario, no puede haber una tarifa de mercado distinta para la electricidad renovable que sirva como referencia de mercado; por el contrario, las tarifas de mercado para la electricidad como producto básico en su conjunto (que reflejan toda la combinación de la oferta de electricidad renovable *y* no renovable), como alega el Japón, sirve como elemento de comparación adecuado porque esas son las tarifas conforme a las cuales "se intercambiaría" la electricidad entre los consumidores y los proveedores en el mercado de Ontario.[63]

75. En este sentido el Grupo Especial debería tener presente la distinción entre: i) precios *regulados* que cubren los costos de producción más un beneficio razonable; y ii) precios *subvencionados* que cubren los costos de producción más un beneficio razonable. En un entorno de mercado el productor de electricidad más eficiente (por ejemplo debido a economías de escala) debería poder vender su electricidad a un precio que cubra sus costos de producción más un beneficio razonable y debería ser el productor dominante. El mercado puede incluso apoyar que este productor cobre un precio mayor, pero no se le permitirá que venda a un precio superior en virtud de un *reglamento* público. En cambio, en un entorno de mercado, los productores menos eficientes respecto a los costos, como los de energía renovable, no podrían sobrevivir a la competencia con el productor dominante. Para que esos productores menos eficientes puedan sobrevivir en el mercado a pesar de su menor eficiencia en los costos, el gobierno debe *subvencionarlos*. El Programa TR es un ejemplo de ello en Ontario.[64]

76. El Japón señala a la atención del Grupo Especial la diferencia fundamental que existe en los objetivos que subyacen a las tarifas ofrecidas a la OPG y las ofrecidas a otros productores (incluidos los productores TR) en el mercado de Ontario. Como la OPG es el principal productor de Ontario, las tarifas concedidas a sus instalaciones, fundamentalmente a través de reglamentos de la OEB, se establecen para impedir que la OPG utilice su posición dominante de mercado para imponer precios excesivos a los consumidores. En cambio, las tarifas ofrecidas a otros productores, como los productores TR, están destinadas a apoyar precisamente su entrada y mantenimiento en el mercado de Ontario al garantizarles tasas de rendimiento que en caso contrario no podrían obtener en el mercado.[65]

3. Artículo 2 del Acuerdo SMC: especificidad

77. Por lo que se refiere a la cuestión de la especificidad, el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC dispone que "[u]na subvención, tal como se define en el párrafo 1, sólo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II … cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2". Las subvenciones concedidas por el Programa y los contratos TR están prohibidas en virtud del

[63] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 43 y 44.
[64] Respuesta del Japón a la pregunta 33 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 57.
[65] Observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 5 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 7.

artículo 3 del Acuerdo SMC y por lo tanto se consideran específicas de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2.[66]

4. Párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC: "subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados"

78. Las subvenciones que se conceden a los productores de energía renovable en virtud del Programa y los contratos TR son subvenciones "supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", que están prohibidas de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.[67] El Canadá no discute que, en el supuesto de que se considere que el Programa y los contratos TR conceden "subvenciones", éstas son incompatibles con el párrafo 1 b) del artículo 3.

79. El Órgano de Apelación ha considerado que el sentido del término "supeditadas" es "condicionadas a" o "dependientes para su existencia de algo" y ha interpretado que el párrafo 1 b) del artículo 3 se refiere a las subvenciones supeditadas "*de jure*" y "*de facto*".[68] Las subvenciones del Programa TR están: i) "supeditadas" porque están condicionadas a o dependen del cumplimiento del requisito de contenido nacional (específicamente un nivel mínimo obligatorio de contenido nacional para los proyectos de energía eólica y solar FV, que oscila entre el 25% y el 60% para los proyectos TR, y entre el 40% y el 60% para los proyectos microTR); y ii) supeditadas "*de jure*" o "*de facto*" porque este requisito está indicado expresamente, entre otras disposiciones, en la *Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*, en la Directiva TR del Ministro, de 24 de septiembre de 2009, en todas las versiones de los Reglamentos y los contratos TR y microTR y en todos los contratos celebrados para energía solar FV (TR y microTR) y eólica (TR).

80. El nivel de contenido nacional de un proyecto TR o microTR se determina tomando como referencia una "red de contenido nacional", en la que se enumeran los bienes y servicios que pueden utilizarse para cumplir los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional. Estas redes crean incentivos para que los productores de energía solar FV (TR y microTR) y eólica (TR) utilicen productos originarios de Ontario con preferencia a los de otros orígenes en sus instalaciones de generación de energía solar FV o eólica. Esos incentivos, en sí mismos, hacen que las subvenciones del Programa TR, en sí mismas, estén supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, de manera incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 3.

81. Las disposiciones detalladas para los proyectos TR y microTR que figuran en los Reglamentos y contratos confirman que la recepción de las subvenciones de ese programa están supeditadas al empleo de equipo de generación de energía renovable de fabricación nacional con preferencia a las variedades importadas de esos productos. Las redes de contenido nacional exigen que, para *todos* los tipos de proyectos, se empleen *al menos algunos* productos fabricados, formados o ensamblados en Ontario para poder alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional correspondiente a ese proyecto.

82. En síntesis, para cumplir el requisito de contenido nacional del Programa TR y beneficiarse de las tarifas subvencionadas que concede a los participantes, a todos los productores de energía solar FV (TR y microTR) o eólica (TR) se les incentiva para emplear productos fabricados en Ontario y tienen que hacerlo obligatoriamente. Esto demuestra que las subvenciones concedidas por el Programa y los contratos TR son subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los

[66] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.A.3.
[67] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.A.4.
[68] *Véanse* el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafos 139, 166; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 111.

importados, de manera incompatible con las obligaciones del Canadá en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5. Párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC: "[no] concederá ni mantendrá las subvenciones"

83. Por último, al conceder y mantener subvenciones prohibidas supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, el Canadá incumple las obligaciones que le corresponden a tenor del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.[69]

C. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, SON INCOMPATIBLES CON LA OBLIGACIÓN DE TRATO NACIONAL QUE CORRESPONDE AL CANADÁ EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

1. Incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

84. El Programa TR, y los contratos TR y microTR, violan la obligación de trato nacional que corresponde al Canadá de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen "prescripci[ones]" a los productores de energía renovable "que afect[an]" a la "venta", la "compra" y el "uso" de equipo de generación de energía renovable "en el mercado interior" y otorgan al equipo importado un trato "menos favorable" que a los "productos similares" originarios de Ontario.[70] El Canadá no niega que, en el supuesto de que no sea aplicable el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994, el Programa y los contratos TR son incompatibles con las obligaciones que le corresponden a tenor del párrafo 4 del artículo III.

85. En primer lugar, el equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario y el importado del Japón son "productos similares". Estos productos compiten directamente en el mercado. No hay una diferencia sustancial entre el equipo nacional y el importado en lo que se refiere a sus características físicas, usos finales, percepciones de los consumidores y clasificaciones arancelarias, es decir, comparten las cuatro categorías de "características" que el Órgano de Apelación identificó como pertinentes en un análisis de la "similitud".[71]

86. En segundo lugar, las normas relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR son "prescripciones". Un productor de energía renovable que desee obtener las tarifas subvencionadas ofrecidas por el Programa TR acepta voluntariamente, mediante la solicitud y celebración de un contrato TR, la obligación de cumplir diversas condiciones, entre ellas la del nivel mínimo obligatorio de contenido nacional pertinente a su proyecto de energía solar FV (TR y microTR) o eólica (TR). Dicho de otro modo: i) el Programa TR impone la obligación de cumplir determinadas condiciones, incluida la de alcanzar un nivel mínimo obligatorio de contenido nacional para las instalaciones de generación de energía solar FV (TR y microTR) o eólica (TR), que ii) son contraídas voluntariamente por los productores TR que celebran contratos TR con el OPA. Por consiguiente se debe considerar que estas obligaciones constituyen una "prescripción" en el sentido de la segunda situación que identificó el Grupo Especial en el asunto *India - Automóviles*.[72]

87. En tercer lugar, las normas relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR "afect[an] a la "venta", la "compra" y el "uso" de esos productos "en el mercado interior". Ello se debe a que las normas relativas al contenido nacional incentivan a los productores de energía eólica y

[69] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.A.5.
[70] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.B.1.
[71] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 99, 101.
[72] *Véase* el informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.184.

solar FV basados en Ontario para elegir equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario con preferencia a ese equipo fabricado en el extranjero. Estas normas modifican por ello las condiciones de competencia en favor de esos productos fabricados en Ontario y "tienen un efecto en" la venta, la compra o el uso de esos productos en Ontario.[73] El Órgano de Apelación y grupos especiales de la OMC han constatado que las medidas que "crean un incentivo" a favor de los productos nacionales con preferencia a los importados "afectan" entre otras cosas al "uso", la "compra" o la "venta" de esos productos en el mercado interior.[74] Además, se debe considerar que los efectos en la venta, la compra o el uso del equipo se producen en el "mercado interior" porque las prescripciones se aplican únicamente dentro del territorio aduanero del Canadá (concretamente en la provincia de Ontario) y no en la frontera.[75]

88. Por último, las normas relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR dan un trato "menos favorable" al equipo de generación de energía renovable importado que el que conceden a los productos similares originarios de Ontario. La esencia de este análisis consiste en si el Programa y los contratos TR *modifican las condiciones de competencia* en el mercado pertinente en *detrimento* de los productos importados.[76] Al exigir la utilización de bienes o servicios originarios de Ontario para poder obtener tarifas eléctricas subvencionadas, el Programa TR crea necesariamente incentivos, o una preferencia de compra, entre los productores de energía eólica o solar FV establecidos en Ontario a favor de equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario, lo que a su vez estimula la producción nacional de ese equipo. Las detalladas redes de contenido nacional incluso exigen que cualquiera de esos productores emplee *al menos algunos* productos originarios de Ontario para alcanzar el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional, confirmando con ello la preferencia por los productos fabricados localmente a los de origen extranjero. En el asunto *India - Automóviles* el Grupo Especial constató que "la naturaleza misma de [una] prescripción de contenido autóctono genera un incentivo para comprar y utilizar productos nacionales, y por ello un desincentivo para utilizar productos similares importados" y, por lo tanto, una prescripción de contenido autóctono modifica claramente las condiciones de competencia en favor de los productos nacionales.[77] La situación en Ontario es similar.

89. En resumen, como el Programa y los contratos TR imponen un requisito de contenido nacional a los productores de electricidad eólica y solar FV que afecta a la venta, la compra o el uso de equipo de generación de energía renovable en el mercado interior, dando un trato menos favorable a los productos similares originarios del Japón, son incompatibles con la obligación de trato nacional que le corresponde al Canadá en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

2. Inaplicabilidad del párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994

a) El párrafo 8 a) del artículo III no es aplicable

90. La única defensa que presenta el Canadá a las alegaciones del Japón basadas en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como a la alegación fundada en el párrafo 1 del artículo 2 del

[73] *Véase* el informe del Grupo Especial, *Turquía - Arroz*, párrafos 7.221 y 7.222. *Véanse también* el informe del Grupo Especial, *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.80, y el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 158.

[74] *Véanse* los informes del Órgano de Apelación, *China - Partes de automóviles*, párrafo 196; el informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafos 7.195-7.198 y 7.305-7.309; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 212.

[75] *Véase* el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.418.

[76] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 135. *Véanse asimismo* el informe del Grupo Especial, *Turquía - Arroz*, párrafo 7.232; y el informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.1532.

[77] *Véase* el informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafos 7.201 y 7.202.

Acuerdo sobre las MIC analizada en la sección III.D *infra*, es que el Programa y los contratos TR no están sujetos al artículo III del GATT al estar comprendidos en la exención relativa a las adquisiciones por los organismos gubernamentales prevista en el párrafo 8 a) del artículo IIII. El argumento del Canadá es infundado.[78]

91. En primer lugar, los contratos TR no son "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados". Para empezar, los contratos TR no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT por la sencilla razón de que no son "compras", mientras que el párrafo 8 a) del artículo III exige que los productos sean "comprados" para que una medida quede comprendida en su ámbito de aplicación.[79]

92. La verdadera pregunta es si el OPA, no el Gobierno de Ontario, "compra" electricidad en el marco de contratos TR "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En este caso el OPA *no lo hace*. Los antecedentes de la liberalización del mercado de la electricidad de Ontario confirman esta observación. En 1999 el Gobierno dividió el monopolio estatal Ontario Hydro en varias entidades nuevas con funciones diferentes. El Canadá ha aclarado las funciones que tiene cada uno de estos organismos gubernamentales y otras entidades para asegurar un suministro estable de electricidad en Ontario de la siguiente manera: i) la OPG produce y vende la electricidad; ii) Hydro One y otras empresas de transmisión/distribución locales transmiten y distribuyen la electricidad a los consumidores e incluso se la venden a éstos; iii) la IESO actúa como regulador, inclusive administrando la red; y iv) el OPA y la OEFC gestionan contratos con diversos productores y les prestan servicios de liquidación. Con el establecimiento del Programa TR, los productores TR (que son entidades privadas) ahora también producen y venden electricidad y el OPA asume la nueva función de prestarles asistencia financiera.

93. El Japón entiende que el Gobierno de Ontario decidió esta asignación de funciones entre estas distintas entidades, en lugar de concentrarlas en una sola entidad como Ontario Hydro, porque considera que la primera opción contribuye a lograr el objetivo de asegurar el suministro estable de electricidad en Ontario. En vista de esta decisión, el Gobierno de Ontario no necesita asignar al OPA la función de comprar electricidad a los productores TR y vendérsela a las empresas de transmisión/distribución locales o a los consumidores para alcanzar su objetivo de lograr un suministro de electricidad estable.

94. Habida cuenta de su función, el OPA no está interesado en obtener la posesión de la electricidad generada en el marco de sus contratos TR y por lo tanto no se debe considerar que "compr[a]" esa electricidad "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Esto resulta evidente por varios hechos, entre los que cabe mencionar los siguientes: i) el OPA no consume la electricidad suministrada en virtud de contratos TR para su propio uso; ii) el OPA no trata de obtener beneficios (es decir, ingresos fiscales) de esa electricidad revendiéndosela a los consumidores; iii) el OPA no gestiona ni controla la producción y transmisión de esa electricidad, que está a cargo de otras entidades (por ejemplo la IESO, Hydro One y otras empresas de transmisión/distribución locales); y iv) los productores TR venden directamente su electricidad a empresas de transmisión/distribución locales y el OPA se limita

[78] *Véanse* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.B.2.a; la declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, sección IV.B; la segunda comunicación escrita del Japón, sección IV; la declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, sección III.B; las respuestas del Japón a las preguntas 45, 47 y 48 del Grupo Especial después de la segunda reunión; y las observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 45, 47 y 48 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[79] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 56; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 27.

a liquidar los pagos a esos productores. Por lo tanto, incluso teniendo en cuenta la legitimidad de la política del Gobierno de Ontario de asegurar el suministro estable de electricidad, las medidas que ha adoptado para lograr ese objetivo -concretamente la división de Ontario Hydro en varias entidades con diferentes funciones- confirman que el OPA no está "compr[ando]" electricidad en el marco de los contratos TR "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

95. A este respecto, el Japón observa que el presente asunto debe diferenciarse de aquellos en los que, para asegurar el suministro estable de electricidad, el gobierno opta por asignar todas las funciones del suministro de electricidad (es decir, la producción, la transmisión y la distribución a los consumidores) a un solo organismo gubernamental y éste "compra" la electricidad generada por otros productores para suministrársela a los consumidores. En ese caso el organismo gubernamental evidentemente está interesado en tener la posesión de esa electricidad, por ejemplo para administrar el suministro físico de la misma, y por lo tanto se pude considerar que "compr[a]" esa electricidad "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

96. En este caso, dadas las decisiones políticas del Gobierno de Ontario, el OPA no tiene que "comprar" la electricidad generada en el marco de contratos TR como se indica *supra*. Si se acepta el argumento del Canadá de que la función del OPA, establecida por el Gobierno de Ontario, reúne los requisitos para la exención relativa a la adquisición por los poderes públicos enunciada en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, todos los Miembros podrían eludir las prescripciones de trato nacional previstas en el párrafo 4 del artículo III del GATT recurriendo a un organismo gubernamental para que intervenga entre los participantes en el mercado con el pretexto de "compr[ar]" un producto para "cubrir la necesidad de los poderes públicos" de asegurar el suministro estable de ese producto, cuando la "compra" de ese producto por el organismo gubernamental no es necesaria para lograr ese objetivo. Por esta razón no se puede sostener la interpretación propugnada por el Canadá.[80]

97. El Japón observa que la respuesta del Canadá a una pregunta del Grupo Especial pone de relieve aún más el riesgo de elusión de las disciplinas del GATT relativas al trato nacional que surgiría en caso de que se aceptaran los argumentos del Canadá sobre el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Canadá indica que "Hydro One está obligada a funcionar como una 'empresa comercial'"[81] y que "[l]as 77 empresas locales de distribución de propiedad pública (LDC) … reciben tarifas por la distribución de electricidad que permiten la recuperación de los costos y *una tasa de rentabilidad que es 'justa y razonable'*".[82] El Canadá confirma por tanto que estas entidades obtienen beneficios vendiendo la electricidad a los consumidores (o a los distribuidores). A este respecto, el Japón observa que el Canadá ha sostenido, subsidiariamente, que "cuando un productor TR inyecta su electricidad renovable en la red, la inmensa mayoría de esa electricidad se transfiere a la posesión física del Gobierno de Ontario" y por tanto "el Gobierno de Ontario sigue comprando energía renovable".[83] Sin embargo, en virtud del párrafo 4 del artículo IIII del GATT, al Gobierno de Ontario no se le permitiría imponer requisitos de contenido nacional a su propia compra de electricidad TR, o más concretamente, a la de Hydro One o las 77 LDC de propiedad pública, y además no estaría exento de esa obligación en virtud del párrafo 8 a) del artículo III porque Hydro One y las LDC indudablemente estarían comprando la electricidad TR para revenderla comercialmente. Por consiguiente, con arreglo al argumento subsidiario del Canadá, si se celebraran contratos TR con

[80] Observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafos 57-62.

[81] Respuesta del Canadá a la pregunta 13 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 41.

[82] Respuesta del Canadá a la pregunta 13 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 42 (sin cursivas en el original).

[83] Declaración inicial del Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 27.

Hydro One y/o las LDC, y no con el OPA, serían incompatibles con las obligaciones de trato nacional del Canadá. La posición del Canadá equivale por tanto a sostener que los requisitos de contenido nacional impuestos a la supuesta compra de electricidad TR están exentos de las obligaciones de trato nacional del Canadá como consecuencia del párrafo 8 a) del artículo III del GATT simplemente situando al OPA entre los productores TR, por una parte, e Hydro One y/o las LDC, por la otra. Esa interpretación es insostenible debido a la laguna que crearía en las obligaciones de trato nacional del GATT.[84]

98. Además, aunque se pudiera considerar que los productos son "comprados" en el marco de contratos TR, esos contratos no constituyen una "adquisición por organismos públicos". Una interpretación correcta del término "adquisición" de acuerdo con las normas usuales de interpretación de tratados del derecho internacional pone de manifiesto que un análisis de la cuestión de si existe "adquisición" a tenor del párrafo 8 a) del artículo III obliga a tener en cuenta cuatro elementos generales, ninguno de los cuales por sí solo puede ser decisivo: i) el *pago* del gobierno por la adquisición; ii) el *uso, consumo o beneficio* del gobierno (donde el término "beneficio" se refiere al beneficio del uso de un producto que el gobierno no posee); iii) la *obtención, adquisición o posesión* por el gobierno; y iv) el *control* del gobierno sobre la obtención del producto. El examen de si existe "adquisición" tiene que hacerse necesariamente individualmente, teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes en un análisis holístico.[85]

99. En este caso son los consumidores de Ontario en general, y no el Gobierno de Ontario, los que usan, consumen y se benefician de la electricidad suministrada en el marco de los contratos TR y lo hacen para satisfacer sus propias necesidades y no en beneficio o en nombre del gobierno. Así se desprende del hecho de que se realizan pagos TR por electricidad que se *suministra a la red*. El Gobierno de Ontario adquiere la electricidad que realmente consume de la misma manera que los demás consumidores minoristas y no a través del Programa o los contratos TR.

100. Además, el Gobierno de Ontario no obtiene, adquiere ni posee la electricidad renovable suministrada en virtud de contratos TR ni tiene ningún interés ni derecho a hacerlo. Es destacable que el Gobierno no adquiere la propiedad ni mantiene ninguna participación en la propiedad de la electricidad suministrada en el marco de contratos TR. El Canadá no explica de qué modo el OPA posee u obtiene -y de ese modo adquiere- la electricidad renovable suministrada *a la red* con arreglo a contratos TR para que finalmente la utilicen los consumidores de Ontario.

101. Por último, el Gobierno de Ontario no controla la obtención de la electricidad que se suministra a la red en el marco de contratos TR. Por el contrario, la electricidad se retira de la red por iniciativa de los consumidores de Ontario cuando encienden o apagan sus aparatos eléctricos y eso se hace de forma "casi instantánea" sin posibilidad de control gubernamental.

102. Por todas estas razones, teniendo en cuenta los hechos del presente asunto, y todos los elementos del análisis de la adquisición considerados conjuntamente, ninguno de los cuales por sí solo podría ser decisivo, la única conclusión lógica es que el Gobierno de Ontario *no* interviene en la "adquisición" de electricidad renovable en el marco del Programa y los contratos TR.[86]

---

[84] Observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 13 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafos 21 y 22.

[85] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 49-58; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 28.

[86] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 59-66; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 57-60; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 29-32.

103. En segundo lugar, los contratos TR no se celebran para "cubrir las necesidades de los poderes públicos". Esta expresión, interpretada correctamente de acuerdo con las normas usuales de interpretación de tratados del derecho internacional, significa para *uso, consumo o beneficio del gobierno*, donde nuevamente el término "beneficio" se refiere al beneficio de utilizar un producto que no puede estar en la posesión del gobierno.[87] En este caso el Gobierno de Ontario no usa, consume ni se beneficia de la electricidad suministrada con arreglo a contratos TR como ya se ha indicado, de modo que esa electricidad no es para "cubrir las necesidades de los poderes públicos".

104. El argumento del Canadá de que la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" simplemente significa "para un objetivo del gobierno", como garantizar el suministro de electricidad renovable, no se puede sostener porque quitaría toda eficacia a las obligaciones de trato nacional del artículo III. El Canadá da a entender que "para estar comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, una compra tiene que hacerse para alcanzar un objetivo del gobierno que no sea la discriminación propiamente dicha, aunque cuando se compre un producto para alcanzar ese objetivo el gobierno decida imponer condiciones discriminatorias".[88] Si los Miembros interpretaran que ese es el sentido de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos", los que desearan adoptar medidas discriminatorias podrían hacerlo simplemente enmascarando la medida discriminatoria bajo un supuesto objetivo principal no discriminatorio que sirve de base a la compra de productos, como el objetivo de garantizar el suministro estable de ese producto. Con ello la exención prevista en el párrafo 8 a) del artículo III relativa a la adquisición por organismos públicos sería ilimitada y haría redundante el resto del artículo III.[89]

105. Por otra parte, incluso aceptando el objetivo declarado por el Canadá de garantizar el suministro de electricidad renovable, el OPA -que es la entidad que según alega el Canadá está comprando la electricidad en el marco de contratos TR para cubrir las necesidades de los poderes públicos- no necesita comprar esa electricidad habida cuenta de la decisión política del Gobierno de Ontario de crear el OPA como entidad que gestiona contratos con diversos productores y les ofrece servicios de liquidación, mientras que otras entidades (por ejemplo la IESO, Hydro One u otras empresas de transmisión/distribución locales) gestionan o controlan la producción y transmisión de la electricidad en Ontario. En esas circunstancias, considerar que la función del OPA reúne los requisitos para acogerse a la exención relativa a la adquisición por los organismos públicos prevista en el párrafo 8 a) del artículo III permitiría nuevamente que todos los Miembros eludieran las prescripciones de trato nacional establecidas en el párrafo 4 del artículo III recurriendo a un organismo gubernamental para que intervenga entre los participantes en el mercado con el pretexto de satisfacer el "objetivo público" de asegurar el suministro estable de un determinado producto, cuando la "compra" de ese producto por el organismo gubernamental no es necesaria para conseguir ese objetivo.[90]

106. Considerar que la intervención del gobierno en el mercado para convertirse en el proveedor de un determinado producto a sus ciudadanos es un "servicio público" es totalmente artificial y se puede distinguir claramente del suministro de servicios legítimos como los de sanidad o educación. En este caso el gobierno no está prestando un "servicio público", sino más bien introduciéndose en el mercado para convertirse en el proveedor de un producto. No se puede considerar que los productos

[87] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 69-75; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30, 33; respuestas del Japón a las preguntas 45 y 47 del Grupo Especial después de la segunda reunión; observaciones del Japón sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 45 y 47 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[88] Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 58.

[89] Declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 34.

[90] Observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 47 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafos 57-62.

comprados por el gobierno para suministrar ese producto a sus ciudadanos sean "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III porque tal interpretación privaría de eficacia al resto del artículo III, como el Japón ya ha explicado.[91]

107. En tercer lugar, los contratos TR se celebran "para [la] reventa comercial" de los productos. Una interpretación correcta de esta expresión de acuerdo con las normas usuales de interpretación de tratados del derecho internacional indica que significa *para ser vendidos en el comercio* (en contraposición a ser utilizados o consumidos por el gobierno).[92] Es importante señalar que la historia de la negociación del párrafo 8 a) del artículo III demuestra que el término "comercial" se incluyó en esta disposición para diferenciar la introducción de productos por un gobierno en la corriente del comercio después de ser utilizados por él, de la introducción de esos productos en dicho comercio sin que el gobierno los haya utilizado.[93] También en este caso como la electricidad suministrada en el marco de los contratos TR se inyecta en la red de transmisión y se suministra casi instantáneamente a los consumidores de Ontario para su utilización, en la medida en que se pueda considerar que el Gobierno de Ontario ha comprado la electricidad renovable en el marco de ésos, esa electricidad renovable se compra "para su reventa comercial".

108. La interpretación del Canadá según la cual la expresión reventa "comercial" exige un elemento de beneficio privaría de eficacia a todo el artículo III. Este argumento da a entender que siempre que un gobierno lo desee, simplemente podría introducirse como intermediario, pagar a un productor nacional para que suministre los productos a un consumidor y recuperar del consumidor el importe abonado al productor (es decir, sin beneficio o incluso con pérdidas), adoptando al mismo tiempo medidas proteccionistas que de otro modo infringirían el artículo III, como el requisito de que el productor nacional utilice únicamente elementos de contenido nacional en su producción. Por esta razón no se puede sostener la interpretación del Canadá de la expresión reventa "comercial".[94]

109. No obstante, aunque el término "comercial" requiera un elemento de beneficio, ese elemento se da en este caso, porque incluso conforme a la interpretación del Canadá, el párrafo 8 a) del artículo III simplemente exigiría que la reventa de un producto por el gobierno no se haga "*para*" obtener un beneficio de ello, es decir, no haría falta que el beneficio de la reventa fuera al gobierno. Las tarifas TR están concebidas precisamente para que los productores TR recuperen sus costos y *ganen un beneficio razonable* por la electricidad que suministran a la red. Por consiguiente, no cabe duda de que el OPA suscribe los contratos TR "para [la] reventa comercial" del producto.[95]

110. Por último, el Japón hace hincapié en las consecuencias de la posición del Canadá sobre el párrafo 8 a) del artículo III del GATT. Si el requisito de contenido nacional que actúa como condición para recibir los pagos TR queda exento en virtud del párrafo 8 a) del artículo III por cualquiera de los motivos alegados por el Canadá, un Miembro podría exigir que el comercio de *cualquier* producto se realice a través de un organismo gubernamental para la supuesta finalidad gubernamental de asegurar el suministro estable de ese producto, adoptando al mismo tiempo medidas proteccionistas como los requisitos de contenido nacional en relación con la producción y el suministro de ese producto. Los argumentos del Canadá dejarían totalmente sin contenido las

[91] Respuesta del Japón a la pregunta 47 del Grupo Especial después de la segunda reunión, párrafo 70.

[92] Declaración inicial del Japón en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 78-85; segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 66-68.

[93] Declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 36; respuesta del Japón a la pregunta 48 del Grupo Especial después de la segunda reunión; observación del Japón sobre la respuesta del Canadá a la pregunta 48 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

[94] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafo 69; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 37-39.

[95] Segunda comunicación escrita del Japón, párrafos 70 y 71; declaración inicial del Japón en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 39.

prescripciones de trato nacional establecidas en el artículo III del GATT, indicado con ello que la interpretación que el Canadá propugna del párrafo 8 a) del artículo III del GATT contradice directamente su contexto inmediato, es decir, la totalidad del artículo III y, en consecuencia, no se puede respaldar de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

111. Por consiguiente, el Japón considera que la cuestión sometida al Grupo Especial no es *si* los contratos TR están comprendidos en la exención prevista por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT. *No lo están*. La verdadera cuestión sometida al Grupo Especial es ¿cuándo están excluidos los contratos TR del ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III a tenor de esa disposición? El argumento principal del Japón es que los contratos TR están excluidos del ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III porque no constituyen una "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados". No obstante, el Japón aduce también subsidiariamente que los contratos TR están excluidos del ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III porque no se celebran "para cubrir las necesidades de los poderes públicos", o porque se celebran "para [la] reventa comercial".

b) El párrafo 8 b) del artículo III no es aplicable

112. El párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 tampoco es aplicable a la presente diferencia porque el Japón no alega que el pago de tarifas subvencionadas en el marco del Programa TR se haga exclusivamente a los productores nacionales. Por el contrario, el Japón aduce que el requisito de contenido nacional del Programa TR discrimina al equipo de generación de energía renovable importado a favor del equipo de ese tipo fabricado en Ontario.[96]

D. EL PROGRAMA TR, Y LOS CONTRATOS TR Y MICROTR, SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO INCOMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES DEL CANADÁ EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC

113. El Programa TR, y los contratos TR y microTR, también son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC porque son medidas en materia de inversiones (MIC) incompatibles con las disposiciones del artículo III del GATT de 1994.[97] El Canadá no cuestiona que, en caso de que no sea aplicable el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994, el Programa y los contratos TR son incompatibles con las obligaciones que le corresponden a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

114. El Japón ya ha demostrado que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el artículo III del GATT de 1994 (inclusive que no es aplicable el párrafo 8 del artículo III), de modo que la cuestión clave es si se puede considerar que las medidas en litigio son "medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías", es decir, MIC. No cabe duda de que estas medidas reúnen los requisitos para ser consideradas MIC por las siguientes razones: i) alientan la inversión en la producción de energía renovable y el equipo vinculado a ello en Ontario y por lo tanto son "medidas en materia de inversiones"; y ii) afectan al comercio del equipo de generación de energía eólica y solar, que sin duda alguna es "comercio de mercancías".

115. Si hubiera alguna duda de que el Programa y los contratos TR son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, basta con recurrir a la Lista ilustrativa que figura en su Anexo. Puesto que las normas relativas al contenido nacional del Programa y los contratos TR exigen que los productores de energía eólica y solar de Ontario utilicen equipo fabricado allí para

[96] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.B.2.b.
[97] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, sección IV.C.

producir su electricidad a fin de poder aprovecharse de las tarifas ofrecidas por el Programa TR, estas medidas son MIC incompatibles con las normas de la OMC conforme a los términos del párrafo 1 a) del Anexo.

IV. CONCLUSIÓN

116. Por las razones anteriormente expuestas, el Japón solicita al Grupo Especial que formule las siguientes constataciones:

- a través del Programa TR, y de los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV, el Canadá concede y mantiene subvenciones prohibidas que están supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en infracción de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC;

- el requisito de contenido nacional del Programa TR, y de los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV, da un trato menos favorable al equipo de generación de energía renovable japonés que el que concede a los productos similares originarios de Ontario, en infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y

- el Programa TR, y los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV, son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con las disposiciones del artículo III del GATT de 1994 y por consiguiente infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

117. En consecuencia, el Japón pide al Grupo Especial que recomiende que el Canadá:

- retire sin demora sus subvenciones prohibidas, como exige el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, eliminando el requisito de contenido nacional del Programa TR y de los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV; y

- ponga el Programa TR, y los contratos TR y microTR celebrados individualmente para proyectos de energía eólica y solar FV, en conformidad con el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, como exige el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

ANEXO A-2

RESUMEN INTEGRADO DE LA UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN A-36

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS A-36

III. ARGUMENTO JURÍDICO A-37

A. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS: PÁRRAFOS 1 B) Y 2 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC A-37

1. Se cumple el primer elemento de la definición de subvención: sostenimiento de los ingresos o de los precios y contribución financiera A-37

a) Sostenimiento de los ingresos o de los precios: párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC A-37

b) Contribución financiera: párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC A-38

2. Se cumple el segundo elemento de la definición de subvención: beneficio A-40

a) El apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no es aplicable en el presente asunto y, en cualquier caso, el punto de referencia sugerido por el Canadá es inadecuado A-40

b) La existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC debe determinarse en relación con el mercado A-40

c) El punto de referencia de mercado apropiado debería guardar relación con las condiciones del mercado de la electricidad en Ontario, con independencia de cómo se haya generado la electricidad A-42

d) No se debería identificar el punto de referencia de mercado apropiado en relación con el costo de la producción y, en todo caso, la estructura del Programa de tarifas reguladas da lugar a pagos superiores a los costos A-43

e) El precio de la energía por horas en Ontario es un punto de referencia adecuado en este asunto A-44

f) Todos los demás puntos de referencia alternativos demuestran la existencia de un beneficio A-45

i) El promedio ponderado de los precios al por mayor que se aplican a todos los productores de Ontario excepto a los acogidos al Programa de tarifas reguladas y al Programa de oferta normalizada de energías renovables A-46

ii) La parte correspondiente al "cargo por la electricidad como producto básico" de los precios al por menor de la electricidad en Ontario A-46

iii) El promedio de los precios al por mayor de la electricidad en mercados mayoristas competitivos fuera de Ontario A-47

g) Incluso si se constatara que los precios de las tarifas reguladas no otorgan un beneficio, el carácter de garantía a largo plazo de dichos precios respaldaría la determinación de la existencia de un beneficio A-47

h) Observaciones finales sobre la existencia de un "beneficio" A-47

3. Supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados: párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC A-48

4. Especificidad: párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC A-48

Página

5. Infracción del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC A-49
6. Conclusión y reparación solicitada A-49
B. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO Y PRESCRIPCIONES QUE AFECTAN A LA VENTA, LA COMPRA Y EL USO DE PRODUCTOS EN EL MERCADO INTERIOR EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994, RESPECTIVAMENTE A-49
1. Las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC A-49
2. Las medidas en litigio son prescripciones que afectan a la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ..... A-50
3. Conclusión A-50
C. EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 NO ES APLICABLE EN EL PRESENTE ASUNTO A-50
1. Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 ..... A-50
a) El párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 abarca prescripciones que se refieren directamente a los productos comprados por el gobierno A-51
b) El Programa de tarifas reguladas no conlleva una "compra" (o adquisición) A-53
c) El Programa de tarifas reguladas no conlleva una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" A-53
d) Cualquier supuesta compra de electricidad por medio del Programa de tarifas reguladas es para su reventa comercial A-55
e) Cualquier supuesta compra de electricidad por medio del Programa de tarifas reguladas es para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial A-57
f) Conclusiones A-58
2. Párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 ..... A-58
3. Conclusión A-58
D. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC, CONJUNTAMENTE CON EL PÁRRAFO 1 A) DE SU ANEXO A-59
1. Las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC son más específicas que la alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ..... A-59
2. El Programa de tarifas reguladas está comprendido en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC A-59
3. Conclusión y reparación solicitada A-60
E. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 ..... A-60

IV. CONCLUSIONES Y SOLICITUD DE REPARACIÓN A-61

I. INTRODUCCIÓN

1. Lo que está en litigio en la presente diferencia son los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (TR) (incluido el Programa de microtarifas reguladas (microTR)) publicado por el Gobierno de Ontario en 2009. Para que quede claro, la Unión Europea no formula alegaciones contra otros elementos del Programa de tarifas reguladas; tampoco cuestiona el objetivo general del Programa de tarifas reguladas, ayudar a impulsar un suministro eléctrico procedente de fuentes de energía renovables. Se trata de un objetivo legítimo y válido y, a juicio de la Unión Europea, los Miembros de la OMC pueden y deben apoyarlo activamente, por ejemplo, mediante subvenciones, siempre que sean compatibles con los acuerdos abarcados. Sin embargo, los Miembros de la OMC no pueden utilizar los programas de tarifas reguladas para alcanzar otros objetivos que distorsionan el comercio, como la protección de sus ramas de producción nacionales en detrimento de otras, imponiendo requisitos de contenido nacional.

2. La Unión Europea observa que las medidas objeto de la presente diferencia han sido adoptadas por una de las provincias del Canadá, concretamente por el Gobierno de Ontario. Los requisitos de contenido nacional son completamente innecesarios e incluso alteran la posibilidad de alcanzar de forma adecuada los objetivos legítimos que persiguen los programas de tarifas reguladas. En efecto, al imponer un requisito proteccionista para beneficiarse de su Programa de tarifas reguladas, Ontario está haciendo más difícil y gravosa la generación de electricidad procedente de fuentes renovables, ya que reduce la capacidad de los productores para instalar el mejor equipo disponible a precios competitivos. Este paso (es decir, los obstáculos al comercio y sus distorsiones que plantean las medidas de Ontario) es contrario al fomento de la difusión del equipo de energía renovable como categoría de bienes ambientales.

3. La Unión Europea considera que los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas de Ontario, y los intereses proteccionistas a los que responden, son contrarios al principio fundamental de trato nacional y, por lo tanto, son incompatibles con los acuerdos abarcados. Después de analizar los antecedentes procesales, las medidas en litigio y los antecedentes fácticos de esta diferencia, la mayoría de ellos idénticos a los de la diferencia DS412, la Unión Europea examinará las alegaciones que ha presentado al amparo del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994.

4. La Unión Europea solicita al Grupo Especial que examine todos los aspectos fundamentales de la presente diferencia y formule recomendaciones y resoluciones sobre ellos, es decir, sobre las subvenciones prohibidas y el trato nacional. El Grupo Especial únicamente "dictar[á] las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados" de conformidad con el objetivo del mecanismo de solución de diferencias de "hallar una solución positiva a las diferencias" si formula constataciones y recomendaciones con respecto a nuestras alegaciones referentes a las subvenciones prohibidas y a nuestras alegaciones referentes al incumplimiento de las obligaciones de trato nacional que imponen el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994. La Unión Europea también invita al Grupo Especial a examinar sus alegaciones en el orden en que figuran en la presente comunicación.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

5. La Unión Europea ha incorporado la descripción fáctica, incluidas todas las pruebas documentales, de la primera comunicación escrita del Japón, así como de las comunicaciones posteriores, en la diferencia DS412.

III. ARGUMENTO JURÍDICO

6. La Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas de Ontario (incluido el Programa de microtarifas reguladas), así como los contratos individuales celebrados en el marco de ese Programa (denominados "el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes"), son incompatibles con las obligaciones que corresponden al Canadá en virtud del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994, ya que constituyen una subvención prohibida y también establecen una discriminación contra las importaciones de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable.

A. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON SUBVENCIONES SUPEDITADAS AL EMPLEO DE PRODUCTOS NACIONALES CON PREFERENCIA A LOS IMPORTADOS: PÁRRAFOS 1 B) Y 2 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

7. La Unión Europea sostiene que las medidas en litigio son incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, porque las medidas son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que se conceden supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, al empleo de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable fabricados en Ontario con preferencia al equipo y los componentes de ese tipo importados de otros Miembros de la OMC, incluida la Unión Europea.

1. Se cumple el primer elemento de la definición de subvención: sostenimiento de los ingresos o de los precios y contribución financiera

a) Sostenimiento de los ingresos o de los precios: párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC

8. En el presente asunto, la UE sostiene ante todo que las medidas en litigio equivalen a una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios para los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. La Unión Europea considera que las medidas en litigio equivalen a una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994 y que, por consiguiente, están comprendidas en el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Programa de tarifas reguladas funciona como un sistema de sostenimiento de los precios en virtud del cual el Gobierno de Ontario, a través del Organismo de Energía de Ontario (OPA), acuerda por contrato un precio con los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas y luego lo paga directamente (a través de otro organismo, la Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO)) o indirectamente (a través de empresas locales de distribución) a dichos productores. El Canadá aduce que las medidas en litigio se deben calificar como "compras de bienes" y no como "sostenimiento de los ingresos o de los precios" debido a la naturaleza de la transacción entre el OPA y los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas (es decir, el pago que efectúa el OPA a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas a cambio de que éstos suministren electricidad renovable a la red eléctrica de Ontario). Sin embargo, el hecho de que se califique a las medidas en litigio como "compras" no impide, en sí mismo, que se las califique como "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios". Así pues, incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que se pueda calificar cada contrato o pago efectuado en el marco del Programa de tarifas reguladas como "compra de bienes" (lo que no es el caso), el hecho de que exista un *programa* en vigor cuyo objetivo es garantizar los precios a los productores hace que las medidas en litigio deban ser calificadas como "sostenimiento de los ingresos o de los precios". La UE considera que el Grupo Especial debería seguir las etapas analíticas sugeridas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* y señalar cuáles son las características más importantes de las medidas en litigio *en conjunto*, y a cuáles de ellas cabe conceder mayor trascendencia a los efectos de caracterizarlas en el marco del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

9. Además, existe sostenimiento de los ingresos o de los precios "en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994". Es importante destacar que la expresión "en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994" que figura en el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC en relación con el concepto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" no conlleva la prescripción de que exista la constatación de "perjuicio grave" a que se hace referencia en la segunda frase del párrafo 1 del artículo XVI. El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC no se ocupa de los *efectos* de las subvenciones, sino únicamente del concepto (es decir, de la "definición") de subvención. La expresión "*en el sentido*" (o sea, "conforme al significado") confirma que la referencia al artículo XVI del GATT de 1994 se limita al concepto de sostenimiento de los ingresos o de los precios, como una cuestión de alcance y definición, y no se refiere a las disciplinas aplicables.

10. En el asunto que nos ocupa, el Programa de tarifas reguladas incluye requisitos de contenido local que, por su propio carácter, reducen o incluso eliminan las importaciones a Ontario de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable. En consecuencia, la Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes proporcionan una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios a los productores acogidos a dicho Programa, en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, mediante precios a largo plazo, garantizados y por encima de los precios de mercado.

b) Contribución financiera: párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC

11. La Unión Europea mantiene que la utilización de la conjunción "o" entre los incisos 1) y 2) del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC no excluye la posibilidad de que una medida pueda estar comprendida al mismo tiempo en uno u otro de los incisos. Simplemente ofrece una elección o una descripción alternativa para satisfacer el primer elemento de la definición de "subvención". Ello contrasta con la utilización de la conjunción "y" entre los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 1, que exige que estén presentes el primer elemento (en cualquiera de las alternativas) y el segundo (es decir, el beneficio) para que se cumpla la definición. La UE observa asimismo que el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC y la expresión "alguna forma" pueden también referirse a programas internos que incluyan *una combinación de* diversas formas de contribución financiera, agrupadas con otras características.

12. La Unión Europea aduce que los precios garantizados de la electricidad a que se compromete por contrato el OPA en el marco del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes dan lugar a una "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" según se define en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 porque implican una "transferencia directa de fondos" del Gobierno de Ontario. La contribución financiera se concede una vez que el OPA firma el contrato de tarifas reguladas con el productor acogido al Programa de tarifas reguladas y acuerda ofrecer precios garantizados, bien mediante desembolsos efectuados por la IESO o bien mediante empresas locales de distribución. La Unión Europea aduce subsidiariamente que los precios garantizados de la electricidad a que se compromete por contrato el OPA en el marco del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes dan lugar a una "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" según se define en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 porque implican "posibles transferencias directas de fondos" del Gobierno de Ontario o una situación en que el Gobierno "compr[a] bienes". Además, la Unión Europea aduce subsidiariamente que los desembolsos efectuados por otros operadores privados (empresas locales de distribución) que pagan los precios garantizados de la electricidad a que se compromete por contrato el OPA en el marco del Programa de tarifas reguladas dan lugar a una "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" según se define en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 porque implican encomienda u orden en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

13. La Unión Europea considera que la mejor forma de caracterizar los compromisos adquiridos por contrato por el OPA de conformidad con el contrato de tarifas reguladas es como "transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC porque los pagos futuros son incondicionales (aparte de la naturaleza del contrato, es decir, del suministro de electricidad previsto a cambio del pago). En efecto, en el marco del contrato de tarifas reguladas, los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas se comprometen a suministrar la electricidad generada a la red a cambio de un pago al precio acordado. Esa generación de electricidad se espera para obtener el precio garantizado favorable. Por consiguiente, a los efectos de la determinación de la existencia de una contribución financiera, los pagos concertados en el marco de contratos jurídicamente vinculantes deberían ser considerados "concedidos" o "transferidos", aunque todavía no hayan tenido lugar o no se hayan efectuado físicamente.

14. La Unión Europea sostiene que el compromiso jurídico de transferir a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas la diferencia entre el precio de mercado de la electricidad que un productor obtendría mediante el funcionamiento normal del mercado (es decir, el precio de equilibrio en el mercado o el precio de la energía por horas en Ontario) y el precio que obtiene un productor en el marco del contrato de tarifas reguladas equivale a "la práctica de un gobierno [que implica] una transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En efecto, en el Reglamento de tarifas reguladas y en el contrato de tarifas reguladas figura el compromiso vinculante contraído por el OPA de pagar los precios garantizados cuando el productor acogido al Programa de tarifas reguladas suministre la electricidad a la red. Además, con independencia de lo que suceda, el OPA está en última instancia obligado a realizar esos pagos. Por lo tanto, la función del OPA tiene principalmente un carácter de intermediario (como un agente o una cámara de compensación) según el cual el OPA no compra en realidad electricidad. Más bien, son otros operadores los que compran la electricidad (a precios de mercado o a precios superiores, es decir, a precios "regulados"), mientras que el OPA paga precios superiores a los de mercado acordados por contrato con el productor acogido al Programa de tarifas reguladas. Así pues, a juicio de la Unión Europea, la mejor forma de caracterizar la transferencia de los precios garantizados, superiores a los de mercado, a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas es como "transferencia directa de fondos". En caso de que el Grupo Especial considere que las medidas en litigio no constituyen una "transferencia directa de fondos", la Unión Europea mantiene que el Grupo Especial puede constatar que dichas medidas equivalen a "posibles transferencias directas de fondos".

15. En todo caso, si el Grupo Especial considera que el OPA "compra" efectivamente electricidad en el marco del contrato de tarifas reguladas, la Unión Europea considera que ello equivaldría a una contribución financiera en forma de compra de bienes de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

16. Subsidiariamente, la Unión Europea aduce también que los desembolsos efectuados por otros operadores privados (empresas locales de distribución) que pagan los precios garantizados de la electricidad que el OPA se ha comprometido por contrato a pagar en el marco del Programa de tarifas reguladas dan lugar a una "contribución financiera de un gobierno" según se define en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, en cualquiera de las formas examinadas más arriba, porque implican encomienda u orden en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. No obstante, el hecho de que el OPA esté en última instancia obligado a realizar los pagos acordados en el marco del contrato de tarifas reguladas de conformidad con el artículo 8.4 del Reglamento de tarifas reguladas refuerza la opinión de la Unión Europea de que la mejor forma de caracterizar el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes es como "transferencia directa de fondos" por el gobierno.

17. En síntesis, con independencia de cómo trate esta cuestión el Grupo Especial, la Unión Europea considera que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes equivalen a

una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Decididamente, la UE invita al Grupo Especial a formular constataciones subsidiarias a este respecto.

2. Se cumple el segundo elemento de la definición de subvención: beneficio

18. La Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes proporcionan un "beneficio" al receptor, es decir, al productor acogido al Programa de tarifas reguladas, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

a) El apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no es aplicable en el presente asunto y, en cualquier caso, el punto de referencia sugerido por el Canadá es inadecuado

19. La Unión Europea considera que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no es aplicable en el presente asunto ya que, por los motivos explicados anteriormente, el OPA no compra electricidad a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas.

20. En cualquier caso, aplicando el párrafo d) del artículo 14 a los hechos, el Canadá considera que el Grupo Especial debería comparar los precios de las tarifas reguladas con un punto de referencia fijado a partir de un examen de las condiciones normales de intercambio de la electricidad eólica y solar en Ontario. A juicio de la Unión Europea, el Canadá está pidiendo al Grupo Especial que compare los precios de las tarifas reguladas con los propios precios de las tarifas reguladas, puesto que en Ontario sólo se produce electricidad eólica y solar en el marco del Programa de tarifas reguladas. En otras palabras, el Programa de tarifas reguladas, incluida la lista de precios de tarifas reguladas que se aplica por medio de cada contrato de tarifas reguladas, determina el precio de la electricidad de los productores de electricidad eólica y solar. En Ontario no hay otro precio para esa electricidad, puesto que los posibles productores nunca renunciarían a las generosas condiciones que les ofrece automáticamente el Programa de tarifas reguladas. Así pues, la comparación que solicita el Canadá es circular y carece por ello de sentido.

21. Como mucho, el punto de referencia que sugiere el Canadá muestra la realidad del mercado de generación de electricidad eólica y solar en Ontario, es decir, que no habría productores dispuestos a realizar las inversiones necesarias en Ontario de no ser por el Programa de tarifas reguladas. Por decirlo de otra forma, las condiciones normales de intercambio de la electricidad eólica y solar en Ontario son las del Programa de tarifas reguladas (subvencionadas), sin las cuales no se producirían intercambios en Ontario, como muestra el carácter de incentivo del propio Programa de tarifas reguladas.

b) La existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC debe determinarse en relación con el mercado

22. La Unión Europea sostiene que la existencia de un beneficio ha de determinarse en este caso en relación con el mercado, es decir, con lo que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas habrían obtenido en el mercado de Ontario de no ser por el Programa de tarifas reguladas.

23. En el asunto *Canadá - Aeronaves*, el Órgano de Apelación señaló que "es evidente que el sentido corriente de 'beneficio' supone algún tipo de ventaja" y que "el segundo elemento que figura en el párrafo 1 del artículo 1 se [refiere] al 'beneficio' que 'se [otorga]' al receptor mediante [la] acción del gobierno". Por consiguiente, para determinar la existencia de un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, la acción del gobierno, independientemente de su forma (sea contribución financiera o sostenimiento de los ingresos o de los precios), debe otorgar algún tipo de ventaja al receptor.

24. El Órgano de Apelación también observó que, para identificar si existe esa ventaja, es necesario algún tipo de comparación o caso hipotético: en particular, si la acción del gobierno coloca al receptor en una situación "mejor" que la que habría tenido de no existir esa acción del gobierno. Según el Órgano de Apelación, "el mercado proporciona una base de comparación apropiada … porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una [acción del gobierno] pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido [una forma de 'contribución financiera' o de sostenimiento de los ingresos o de los precios] en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado". Según el Órgano de Apelación, "[e]l artículo 14, que, como hemos dicho, es un contexto pertinente a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1, respalda nuestra opinión de que el mercado es una base de comparación apropiada [puesto que, con] arreglo a cada una de las directrices, existe un 'beneficio' si el receptor ha recibido una 'contribución financiera' en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado competitivo". Así pues, lo esencial de la determinación de la existencia de beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 es la comparación de lo que el receptor ha obtenido de la acción del gobierno, por un lado, y lo que habría obtenido en el mercado de no ser por la acción del gobierno, por el otro.

25. En el asunto *Japón - DRAM*, el Órgano de Apelación recordó el criterio de referencia al mercado con las siguientes palabras: "El mercado pertinente puede estar más o menos desarrollado; puede estar formado por muchos o por pocos participantes … En algunos casos el mercado puede ser más rudimentario. En otros casos puede ser difícil determinar el mercado pertinente y sus resultados. Pero tales limitaciones para obtener información no alteran el marco básico a partir del cual debe realizarse el análisis … No hay más que un criterio, el criterio del mercado." En el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación observó que: "El mercado al que se refería el Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves* constituye una esfera en la que se intercambian bienes y servicios entre compradores y vendedores voluntarios. El cálculo del beneficio … requiere … un examen del comportamiento en ambos lados de la transacción, y en particular en relación con las circunstancias de la oferta y la demanda vigentes en ese mercado." De forma análoga, en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV*, el Órgano de Apelación observó que: "[e]l texto del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no califica de ninguna forma las condiciones de 'mercado' que han de ser utilizadas como punto de referencia. Por tanto, el texto no hace ninguna referencia explícita a un mercado 'puro', a un mercado 'no distorsionado por la intervención del gobierno', o a un 'valor equitativo de mercado'". Por consiguiente, la existencia de beneficio ha de ser determinada en relación con el mercado tal cual es, el mercado donde tiene lugar la acción del gobierno, en este caso, Ontario.

26. Por lo que respecta al análisis del beneficio, las principales características del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son que, de conformidad con ellos, el OPA i) garantiza precios que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas no podrían obtener en el mercado; y ii) ofrece dichos precios superiores a los de mercado durante un período de 20 años, con unas condiciones generosas de revisión de los precios, protegiendo así a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas frente a cualquier riesgo de mercado. Esas condiciones se ofrecen con independencia de la magnitud o la capacidad de generación del proyecto.

27. El Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son el resultado de los esfuerzos del OPA por facilitar inversiones de nueva generación de los productores privados que el mercado mayorista no podía estimular. Se trata, en palabras del Canadá, de "incentivos a la inversión a largo plazo para satisfacer la demanda prevista". Así pues, de no ser por el Programa de tarifas reguladas, los productores acogidos a dicho Programa no serían capaces de participar en el mercado. Esto demuestra, en opinión de la Unión Europea, que sin la medida del Gobierno, los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas no habrían podido asegurarse los precios de las tarifas reguladas ni el resto de las condiciones favorables de los contratos de tarifas reguladas.

28. El Grupo Especial puede constatar la existencia de un beneficio únicamente sobre esta base, puesto que de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no está obligado a determinar la cuantía del beneficio, sino solamente su existencia. En efecto, en otros asuntos, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han determinado la existencia de un beneficio teniendo en cuenta pruebas que demostraban que, de no ser por la acción del gobierno, el receptor no habría obtenido nada en el mercado. Así sucede, por ejemplo, con las aportaciones de capital o los fondos proporcionados para rescatar a empresas con dificultades económicas cuando ningún inversor racional (esto es, el mercado) habría aportado los mismos fondos en las mismas condiciones.

c) El punto de referencia de mercado apropiado debería guardar relación con las condiciones del mercado de la electricidad en Ontario, con independencia de cómo se haya generado la electricidad

29. Si el Grupo Especial considera que hace falta un análisis más detenido para determinar la existencia de un beneficio en el presente asunto, la Unión Europea estima que el punto de referencia apropiado en este caso debería guardar relación con las condiciones del mercado de la electricidad en Ontario, independientemente de cómo se haya generado la electricidad. La electricidad es un producto básico, físicamente semejante en todos los sentidos. Un kilovatio-hora de electricidad se puede sustituir perfectamente por otro kilovatio-hora de electricidad, sin tener en cuenta si se ha generado mediante una fuente renovable o no renovable. A este respecto, se trata del mismo mercado de productos. Como señaló el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, "parece razonable la conclusión de que dos productos se encuentran en el mismo mercado si están en competencia efectiva o potencial en ese mercado".

30. Además, en Ontario los efectos de las diferentes fuentes de energía en el medio ambiente no se reflejan en los precios que pagan los consumidores, que son precios compuestos. Los consumidores pagan el precio de la energía por horas en Ontario más el ajuste general, que no distingue entre las diferentes tecnologías de generación.

31. La Unión Europea también observa que el Canadá no ha demostrado que existan distintos mercados de productos con respecto a la electricidad producida por determinadas fuentes de energía renovable en Ontario. En consecuencia, y en contra de lo que mantiene el Canadá, el punto de referencia apropiado en el presente asunto debería guardar relación con las condiciones del mercado de la electricidad en Ontario, con independencia de cómo se haya generado la electricidad.

32. En cualquier caso, a juicio de la Unión Europea, no hay razones para considerar que los consumidores que desean comprar electricidad generada a partir de fuentes renovables preferirían la electricidad generada mediante tecnologías más caras en lugar de la generada mediante tecnologías menos caras. En otras palabras, en tanto la energía se produzca a partir de fuentes "limpias", los consumidores no preferirán un tipo determinado de fuente. Dicho esto, en caso de que el Grupo Especial considere que el punto de referencia de mercado pertinente en el presente asunto debería tener en cuenta la existencia de una distinción entre la electricidad generada a partir de fuentes renovables y la generada a partir de fuentes no renovables en Ontario, la Unión Europea estima que el Grupo Especial podría también determinar la existencia de un beneficio sobre la base de los distintos precios garantizados en el marco del Programa de tarifas reguladas. A este respecto, la Unión Europea observa que la lista de precios de tarifas reguladas recoge precios más bajos para otros tipos de electricidad generada a partir de fuentes renovables, como la energía hidroeléctrica y la producida a partir de biomasa o de biogás, en comparación con la energía eólica y solar. Por lo tanto, incluso considerando el mercado de la electricidad renovable como un mercado distinto del de la energía no renovable en Ontario (lo que no es el caso), habría un beneficio conferido a los productores de electricidad eólica y solar.

d) No se debería identificar el punto de referencia de mercado apropiado en relación con el costo de la producción y, en todo caso, la estructura del Programa de tarifas reguladas da lugar a pagos superiores a los costos

33. La Unión Europea considera que, contrariamente a lo que mantiene el Canadá, un punto de referencia de mercado apropiado en este asunto no debe reflejar el costo de la producción de la electricidad renovable. Más bien, la pregunta pertinente para identificar el punto de referencia de mercado apropiado en la presente diferencia es cuál es el valor de mercado del producto (es decir, la electricidad) para el cual el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes ofrecen precios garantizados a largo plazo.

34. En el contexto del suministro de bienes por un gobierno, el Órgano de Apelación ha observado que la referencia para determinar la existencia de un beneficio no es el costo para el gobierno de elaborar el producto; es más bien el valor de mercado del producto en cuestión. A juicio de la Unión Europea, este mismo principio se aplica a la compra de bienes. No se puede determinar la existencia de un beneficio en relación con el costo de producción del productor del bien en cuestión; es el valor de mercado del producto que compra el gobierno lo que se ha de examinar para determinar si el gobierno ha pagado una remuneración adecuada conforme a las "condiciones reinantes en el mercado". Es bastante revelador que entre los factores comprendidos en el concepto de "condiciones reinantes en el mercado" del apartado d) del artículo 14 no figure el "costo de producción".

35. El hecho de que los precios de las tarifas reguladas cubran como mínimo los elevados costos de producción de los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas no demuestra que en el presente asunto no exista beneficio. Más bien demuestra que, de no ser por el Programa de tarifas reguladas, ningún inversor estaría dispuesto a producir energía eólica y solar en Ontario, habida cuenta de esos elevados costos de producción y del hecho de que no podría asegurarse un rendimiento adecuado en ese mercado.

36. En cualquier caso, incluso si hubiera que tener en cuenta el costo de generación de la electricidad eólica y solar, como aduce el Canadá, la Unión Europea sostiene que la estructura del Programa de tarifas reguladas da lugar a pagos superiores a los costos. Efectivamente, el costo de producción de la electricidad eólica y solar en general depende en gran medida de la localización de las instalaciones de generación. Los costos de capital que supone el establecimiento de una instalación de generación no deberían variar demasiado entre distintos países porque la mayor parte del costo de construcción de una instalación de generación corresponde al equipo de generación (y por lo tanto a los costos de capital), y se puede comerciar con esos bienes. La diferencia radica en la disponibilidad de los recursos, viento y sol. El hecho de que los precios de las tarifas reguladas estén normalizados (es decir, que sean los mismos para todos los productores) sin tener en cuenta la ubicación de las instalaciones de generación ni su capacidad de producción real debería dar lugar, lógicamente, a un mayor rendimiento para los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas que se instalen en lugares convenientes.

37. Es interesante destacar que, como ya se ha mencionado, los antecesores del Programa de tarifas reguladas se administraban sobre la base del mejor precio ofrecido por los productores a través de un proceso de licitación. Ese elemento que favorecía la competencia se sustituyó por los precios normalizados, que debían tener en cuenta los costos más elevados de incentivar el desarrollo de la capacidad de producción en el ámbito local (conforme a los requisitos de contenido nacional). Por lo tanto, la capacidad de generación de energía renovable en Ontario podría gestionarse con un menor costo. Así pues, la Unión Europea mantiene que la estructura del Programa de tarifas reguladas da lugar a pagos superiores a los costos de producción.

e) El precio de la energía por horas en Ontario es un punto de referencia adecuado en este asunto

38. La Unión Europea mantiene que, en las circunstancias del presente asunto, el precio de la energía por horas en Ontario es un punto de referencia adecuado para determinar la existencia de un beneficio.

39. En primer lugar, el precio de la energía por horas en Ontario constituye el precio de la electricidad al por mayor en Ontario. Se trata del precio de referencia que activa los pagos adicionales del Gobierno de Ontario a los productores (incluidos los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas) con precios regulados.

40. En segundo lugar, aunque el precio de la energía por horas en Ontario es el resultado de un sistema de distribución física de la electricidad en Ontario y, por lo tanto, no puede ser caracterizado a este respecto como precio de "mercado" en el sentido económico, es el precio de mercado en el sentido nominal y a los efectos del análisis del punto de referencia en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. No cabe duda de que, "de no ser por" los precios garantizados a largo plazo que ofrece el Programa de tarifas reguladas, los productores acogidos a dicho Programa sólo podrían suministrar su electricidad a la red al precio mayorista del mercado de la electricidad, es decir, al precio de equilibrio en el mercado o el precio de la energía por horas en Ontario. Sin el Programa de tarifas reguladas, un productor de electricidad generada a partir de fuentes eólicas o solares, como un productor acogido al Programa de tarifas reguladas, tendría que participar en el mercado con arreglo a las normas de mercado de la IESO y suministrar su electricidad en el mercado mayorista de electricidad, al precio de la energía por horas en Ontario. Por consiguiente, el precio de la energía por horas en Ontario pasa a ser el precio nominal de mercado en las circunstancias del presente asunto, es decir, en la situación hipotética que prevalecería de no ser por las medidas gubernamentales en litigio.

41. El Canadá confirma que el 8% de los productores de Ontario reciben únicamente el precio de la energía por horas en Ontario. A juicio de la Unión Europea, el Canadá vuelve a confirmar la validez del precio de la energía por horas en Ontario como punto de referencia de mercado en el presente asunto. De hecho, la supuesta cifra del 8% de los productores que reciben únicamente el precio de la energía por horas en Ontario parece corresponder al 16% aproximadamente del total de la energía suministrada en 2010. En todo caso, con independencia de la cifra, lo cierto es que hay algunos productores cuya estructura de costos les permite vender su electricidad y recibir únicamente el precio de la energía por horas en Ontario. Los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas sencillamente no pueden hacerlo, puesto que su estructura de costos es distinta. Concluir que el precio de la energía por horas en Ontario pagado a esos productores no se puede utilizar como punto de referencia en el presente asunto sería como decir que los precios reales de mercado en un sector determinado no se pueden utilizar en relación con una categoría concreta del mismo producto debido a que su costo de producción es mucho más elevado y, por lo tanto, no puede competir con el costo de producción de los otros operadores. Eso no puede ser así. Si en el caso del mismo producto, esto es, la electricidad, hay productores capaces de generarla y obtener un rendimiento adecuado a través del precio de la energía por horas en Ontario, no se pueden utilizar los mayores costos de otros productores para aducir que el precio de la energía por horas en Ontario no es un punto de referencia apropiado. El argumento del Canadá, llevado al extremo, produciría un resultado absurdo. En efecto, un Miembro puede argumentar que no existe subvención en la compensación de costos de producción más elevados cuando se utilizan tecnologías obsoletas en la producción de mercancías que competirán en otro mercado, en el que los operadores cuentan con un mayor desarrollo tecnológico y unos métodos de producción más eficientes. Por lo tanto, la Unión Europea considera que el hecho de que haya operadores que reciben el precio de la energía por horas en Ontario sólo demuestra que se puede utilizar ese precio como punto de referencia de mercado en la presente diferencia. Análogamente, en el asunto *Japón - DRAM*, con respecto a la distinción entre inversionistas internos y externos, el

Órgano de Apelación observó que no hay más que un criterio, el criterio del mercado, con arreglo al cual actúan los inversionistas racionales. En este sentido, el hecho de que hubiera algunos inversionistas internos, que podían tener intereses y expectativas de rendimiento diferentes a los de los inversionistas externos, dispuestos a proporcionar los fondos necesarios a una empresa en dificultades económicas, quiere decir que el mercado habría suministrado esos fondos. En otras palabras, el mercado también se mide por la existencia de una categoría de inversionistas dispuestos a hacer las inversiones necesarias, aunque haya otra categoría que no esté dispuesta a hacerlas. Como en el caso de los inversionistas externos, la presencia en el mercado de Ontario de productores que sólo reciben el precio de la energía por horas en Ontario demuestra que forman parte del mercado con respecto al cual se puede determinar la existencia de un beneficio.

42. En tercer lugar, el Canadá aduce que el mecanismo de mercado de la IESO no es el "clásico" mercado competitivo donde concurren la oferta y la demanda. Desde luego, la Unión Europea coincide en que no se trata del mercado "clásico". Tal vez no haya muchos mercados "clásicos" en muchas jurisdicciones con respecto a la electricidad o a otros productos. Sin embargo, se trata de un mercado donde la demanda, representada por las autoridades competentes de Ontario, concurre con la oferta (es decir, con los productores de electricidad). Y es el mecanismo de mercado elegido por las autoridades competentes de Ontario para regular los intercambios de electricidad. Por lo tanto, el precio de la energía por horas en Ontario equivale al precio determinado sobre la base de la oferta y la demanda en Ontario.

43. En cuarto lugar, la Unión Europea observa que un posible medio para evaluar si el precio de la energía por horas en Ontario representa el precio de la electricidad en ese territorio en condiciones de mercado es examinar los precios cobrados y pagados por las importaciones y exportaciones de electricidad de Ontario. La similitud entre el precio de la energía por horas en Ontario y los precios de importación y exportación revela sin embargo que el precio de la energía por horas en Ontario refleja fielmente el precio que se aplica en Ontario y las jurisdicciones vecinas en condiciones de mercado. En cualquier caso, la Unión Europea sostiene que, por sí mismo o como elemento sustitutivo, el precio de las importaciones y exportaciones de electricidad en Ontario demuestra que en el presente asunto existe un beneficio.

44. En consecuencia, si en el presente asunto el Grupo Especial juzgara necesario establecer la existencia de un beneficio en relación con la diferencia entre los precios de las tarifas reguladas y otro punto de referencia, la Unión Europea sostiene que el precio de la energía por horas en Ontario constituiría una base sobre la que constatar la existencia de ese beneficio, puesto que el precio de la energía por horas en Ontario sería el precio que obtendrían los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas en el mercado mayorista de electricidad de Ontario de no ser por ese Programa, como otros productores que no se benefician de precios regulados.

f) Todos los demás puntos de referencia alternativos demuestran la existencia de un beneficio

45. En cualquier caso, si el Grupo Especial considerase que en el asunto que nos ocupa el precio de la energía por horas en Ontario no es un punto de referencia adecuado para establecer la existencia de un "beneficio" de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, la Unión Europea sostiene que todos los demás puntos de referencia alternativos presentados por el Japón en la diferencia DS412 demostrarían la existencia de un beneficio.

i) El promedio ponderado de los precios al por mayor que se aplican a todos los productores de Ontario excepto a los acogidos al Programa de tarifas reguladas y al Programa de oferta normalizada de energías renovables

46. Cuando un gobierno regula los precios, podría entenderse que el precio "de mercado", en el sentido económico, es el resultado de los intercambios libremente realizados entre el gobierno (que en este caso representa la demanda y actúa en nombre de los consumidores) y los productores de electricidad (que representan la oferta). En este sentido, se podría decir que el resultado del promedio ponderado de todos los precios acordados entre el Gobierno de Ontario (excluidos los precios de las tarifas reguladas y los precios similares) y todos los productores (excluidos los acogidos al Programa de tarifas reguladas y los productores similares) en este territorio equivale al precio "de mercado" de la electricidad al por mayor. En 2010, ese promedio fue de 7,13 centavos/kWh, es decir, inferior al precio garantizado en el marco del Programa de tarifas reguladas para la electricidad eólica y solar. Sobre esta base, el Grupo Especial puede constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

ii) La parte correspondiente al "cargo por la electricidad como producto básico" de los precios al por menor de la electricidad en Ontario

47. Los precios minoristas en Ontario pueden tomarse en consideración como posible punto de referencia porque ningún productor de electricidad de Ontario debería esperar recibir un precio superior al que pagan los consumidores minoristas en la parte correspondiente al producto básico de su factura, es decir, el propio precio al por menor de la electricidad, excluido cualquier cargo por servicios. Los precios al por menor de la electricidad que establece la Comisión de Energía de Ontario (OEB) en el marco de su Plan de precios regulados oscilan entre 7,1 y 8,3 centavos/kWh para clientes con contadores convencionales, y entre 6,2 y 10,8 centavos/kWh para clientes con contadores inteligentes. Los precios del Plan de precios regulados reflejan el precio de la energía por horas en Ontario más el ajuste general, y son los precios que pagan los consumidores minoristas de Ontario por la electricidad como producto básico (es decir, sin derechos ni cargas asociados con los servicios de transmisión y distribución y de funcionamiento del mercado). Ningún productor de Ontario debería esperar recibir precios superiores a los establecidos por la OEB en el marco del Plan de precios regulados por la electricidad como producto básico.

48. La Unión Europea señala asimismo la afirmación del Canadá de que la "mayoría" de los usuarios de electricidad de Ontario paga el precio que les exige el sistema, es decir, los precios regulados por la OEB. En efecto, hay algunos consumidores que pueden comprar la electricidad mediante contratos bilaterales con los productores. Huelga decir que ese precio será siempre más bajo que el precio regulado para los consumidores finales (de lo contrario, esos contratos bilaterales no tendrían ningún interés). Así pues, incluso si el Grupo Especial considerase que el precio de la energía por horas en Ontario no es un punto de referencia de mercado en el presente asunto, la Unión Europea estima que, de no ser por el Programa de tarifas reguladas, los productores acogidos a ese Programa sólo podrían vender su electricidad a un precio igual o ligeramente inferior a los precios regulados por la OEB (en el marco del Plan de precios regulados), todos los cuales están muy por debajo de los precios de las tarifas reguladas. Como el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no exige cuantificar la subvención sino simplemente demostrar su existencia, el Grupo Especial puede constatar sobre esa base que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas.

iii) El promedio de los precios al por mayor de la electricidad en mercados mayoristas competitivos fuera de Ontario

49. La Unión Europea observa que el Canadá no aduce que los precios de la electricidad en Ontario (los precios acordados entre el Gobierno de Ontario y los productores o los del Plan de precios regulados) estén distorsionados. De hecho, el Canadá mantiene que el Grupo Especial debería comparar los precios de las tarifas reguladas con un punto de referencia fijado a partir de un examen de las condiciones normales de intercambio de la electricidad eólica y solar en Ontario. A este respecto, la Unión Europea considera que no es necesario salir de Ontario para identificar un punto de referencia apropiado para este asunto; aunque los precios estén muy regulados, eso no significa que estén distorsionados. Dicho esto, en caso de que el Grupo Especial decidiera que no se pueden utilizar los precios regulados en Ontario, la Unión Europea considera que los puntos de referencia externos propuestos por el Japón, en los que los precios se determinan de forma competitiva en mercados de electricidad no regulados con escasa presencia del gobierno, demuestran que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio.

g) Incluso si se constatara que los precios de las tarifas reguladas no otorgan un beneficio, el carácter de garantía a largo plazo de dichos precios respaldaría la determinación de la existencia de un beneficio

50. Por último, la Unión Europea mantiene que el Grupo Especial puede constatar la existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC en el asunto que nos ocupa simplemente tomando nota del carácter a largo plazo de los precios garantizados a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas, con independencia de si dichos precios son más elevados que los de mercado. En efecto, como ya se ha señalado, una de las características más sobresalientes del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes es que protegen a los productores acogidos a dicho Programa de cualquier riesgo de mercado durante un período de 20 años. En ese período, los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas pueden suministrar tanta electricidad como sean capaces de producir a ese precio. Además, los contratos de tarifas reguladas incluyen condiciones de revisión de los precios que aseguran la rentabilidad con independencia de la situación del mercado. El OPA asume todos los riesgos de mercado sin cobrar por ello prima alguna.

51. Por lo tanto, sobre esta base, el Grupo Especial puede concluir que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio a los productores acogidos a dicho Programa con independencia del nivel de los precios garantizados.

h) Observaciones finales sobre la existencia de un "beneficio"

52. En resumen, la Unión Europea considera que el Grupo Especial puede constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas sobre la base del hecho incontrovertido de que, de no ser por el Programa de tarifas reguladas, los productores acogidos a este Programa no podrían obtener en el mercado el rendimiento necesario. Por lo tanto, el carácter intrínseco del Programa de tarifas reguladas de incentivo para fomentar la generación de electricidad a partir de fuentes renovables demuestra la existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, como en los casos en que el hecho de que ningún inversor racional habría efectuado una inversión en particular demuestra la existencia de un beneficio, independientemente de su cuantía.

53. Si en el presente asunto el Grupo Especial considera necesario determinar la existencia de un beneficio en relación con la diferencia entre los precios de las tarifas reguladas y un punto de referencia de mercado adecuado, la Unión Europea ha propuesto varios puntos de referencia para la

demostración correspondiente. La Unión Europea considera que el Grupo Especial puede constatar, basándose en cualquiera de esos puntos de referencia, que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes otorgan un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Incluso si se tienen en cuenta los costos de producción, como plantea el Canadá, la existencia de un beneficio es evidente.

54. Por último, el Grupo Especial también puede determinar la existencia de un beneficio en este asunto sobre la base del carácter de largo plazo de los precios garantizados. En efecto, el hecho de que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas tengan garantizados los pagos a precios determinados, independientemente de su nivel, durante un período de 20 años, en el que los precios están sujetos a revisión automática con independencia de la evolución del mercado, confiere un beneficio a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas que es diferente del beneficio otorgado por el nivel de los precios de las tarifas reguladas, superior al nivel de mercado.

3. Supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados: párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

55. La Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas es una subvención supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. El Programa de tarifas reguladas exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, "como condición única o entre otras varias condiciones". Esto puede abarcar situaciones en las que una subvención está simultáneamente supeditada a dos o más condiciones cumulativas. Pero también podría aplicarse a situaciones en las que la subvención estuviera supeditada a dos o más condiciones alternativas, de modo que el cumplimiento de cualquiera de ellas otorgaría el derecho a obtener la subvención. Si una de esas condiciones es "el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", habrá de interpretarse que la subvención está prohibida por el párrafo 1 b) del artículo 3, aunque también fuera posible teóricamente tener derecho a obtener la subvención cumpliendo una condición alternativa, como el empleo de una determinada proporción de mano de obra nacional o de servicios nacionales. Una interpretación diferente (por ejemplo, la que sugiere que una subvención podría no estar prohibida si al menos una de las condiciones para obtenerla no fuera incompatible con el Acuerdo SMC) sería contraria al texto del párrafo 1 b) del artículo 3 y haría muy fácil eludir la prohibición simplemente estableciendo que los beneficiarios también pueden obtener la subvención si cumplen alguna condición alternativa irrelevante pero disuasiva.

56. En síntesis, la Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas equivale a una subvención prohibida por el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

4. Especificidad: párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC

57. El párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC establece lo siguiente: "[u]na subvención, tal como se define en el párrafo 1, sólo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II o a las disposiciones de las Partes III o V cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2". El párrafo 3 del artículo 2 establece lo siguiente: "[t]oda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica". Las subvenciones que conceden el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes constituyen subvenciones prohibidas por el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, deben considerarse específicas de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC.

5. Infracción del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC

58. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, la Unión Europea sostiene que las subvenciones prohibidas que concede y mantiene Ontario, supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, son incompatibles con las obligaciones que corresponden al Canadá en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

6. Conclusión y reparación solicitada

59. La Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que, a través del Programa de tarifas reguladas, así como a través de los contratos de tarifas y microtarifas reguladas celebrados individualmente en relación con proyectos de energía eólica y solar fotovoltaica, el Canadá concede y mantiene subvenciones prohibidas supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, infringiendo así los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

60. La Unión Europea solicita al Grupo Especial que recomiende al Canadá que retire sus subvenciones prohibidas sin demora (y, en todo caso, en 90 días a más tardar), como prescribe el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

B. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO Y PRESCRIPCIONES QUE AFECTAN A LA VENTA, LA COMPRA Y EL USO DE PRODUCTOS EN EL MERCADO INTERIOR EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994, RESPECTIVAMENTE

61. Una vez que la Unión Europea ha demostrado que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, abordará el modo en que las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas infringen otras disposiciones importantes de los acuerdos abarcados que se refieren al principio fundamental de trato nacional.

1. Las medidas en litigio son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio en el sentido del artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC

62. El artículo 1 del Acuerdo sobre las MIC define su cobertura estableciendo que se aplica a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías. El Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes se ajustan a esa definición.

63. En primer lugar, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son "medidas en materia de inversiones" por cuanto su finalidad es fomentar el desarrollo de la capacidad local de fabricación de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable en Ontario. En segundo lugar, las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes están sin duda "relacionadas con el comercio". Por último, las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes afectan al comercio de mercancías, en particular al equipo y los componentes para la generación de energía eólica y solar. El Programa de tarifas reguladas crea un incentivo para comprar o utilizar productos de Ontario en detrimento de los productos similares importados. En consecuencia, la Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes están comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre las MIC.

2. Las medidas en litigio son prescripciones que afectan a la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

64. En su primera comunicación escrita del asunto DS412, el Japón demostró que las normas de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son "prescripciones" que afectan a la "venta, … la compra, … y el uso … en el mercado interior" de equipo y componentes para la generación de energía renovable en Ontario en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT. La Unión Europea incorpora esos argumentos a la presente comunicación y, por lo tanto, sostiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes están comprendidos en el ámbito de aplicación de esas disposiciones.

3. Conclusión

65. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, la Unión Europea sostiene que tanto el Acuerdo sobre las MIC como el GATT de 1994 son aplicables a las medidas en litigo.

C. EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 NO ES APLICABLE EN EL PRESENTE ASUNTO

66. Antes de aplicar las disposiciones sobre trato nacional pertinentes del Acuerdo sobre las MIC y el GATT de 1994 a los hechos, la Unión Europea examinará, como cuestión preliminar, si el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 es aplicable a la presente diferencia. Según demostrará la Unión Europea a continuación, el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable a esta diferencia.

1. Párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

67. El párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 establece lo siguiente:

> Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

68. La Unión Europea observa que la defensa planteada por el Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no puede ser óbice para que el Grupo Especial constate que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo. Como consecuencia de esa infracción, el Grupo Especial puede también constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, sin entrar en un análisis sustantivo de la defensa planteada por el Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. En todo caso, a fin de hallar una solución positiva a la presente diferencia, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que examine la defensa planteada por el Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y formule constataciones sobre ella (incluso en forma de constataciones subsidiarias), teniendo en cuenta el hecho de que no se cumplen las condiciones para aplicar dicha disposición en el presente asunto.

69. La Unión Europea ha demostrado que la defensa planteada por el Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III debe ser desestimada por los siguientes motivos.

a) El párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 abarca prescripciones que se refieren directamente a los productos comprados por el gobierno

70. El Canadá aduce que el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no se limita a la compra de los productos que son centrales en una alegación de infracción del artículo III. Según el Canadá, el texto del párrafo 8 a) del artículo III no vincula de ningún modo los productos comprados con los productos que son el centro de una alegación planteada al amparo del artículo III. Además, el Canadá considera que el artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública prohíbe incluir condiciones sobre los insumos del producto comprado mediante prescripciones en materia de contenido local. Según el Canadá, esa prohibición no tendría sentido si esas condiciones ya estuvieran prohibidas por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

71. Los argumentos del Canadá están fuera de lugar. En primer lugar, el texto del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 establece que la obligación de trato nacional no se aplica a las leyes, reglamentos y prescripciones que rigen la adquisición, por organismos gubernamentales, de "productos comprados" para cubrir las necesidades de los poderes públicos. Así pues, el texto del párrafo 8 a) del artículo III está estructurado de forma que el término "comprados" califica directamente al término "productos", lo que supone que las prescripciones rigen los productos comprados por organismos gubernamentales, y no otros productos que no guardan relación con el objeto o el contenido del contrato de compra. En otras palabras, las prescripciones que rigen la adquisición de productos comprados por entidades públicas se limitan a esos productos y no pueden ampliarse a otros productos que no guardan relación alguna con el producto comprado.

72. En segundo lugar, el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública no ayuda al Canadá. En esa disposición figura la obligación de no imponer compensaciones, incluidas prescripciones relativas al contenido nacional, al calificar y seleccionar a los proveedores, o a los productos o servicios, y al evaluar las ofertas y adjudicar los contratos. A su vez, el párrafo 2 del artículo XVI prevé una excepción para los países en desarrollo, que tienen derecho a imponer prescripciones de contenido nacional. En contra de lo que aduce el Canadá, el hecho de que el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública prohíba lo que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 también prohíbe no significa que el párrafo 8 a) del artículo III deba tener un sentido diferente. En los acuerdos abarcados hay muchas referencias a las obligaciones que figuran en otros acuerdos abarcados y eso no quiere decir que las obligaciones sustantivas previstas en esas disposiciones carezcan de sentido. Por consiguiente, cabe interpretar que el Acuerdo sobre Contratación Pública aclara, en lo que se refiere a las condiciones de contenido nacional, lo que por lo demás está prohibido a tenor del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

73. Además, la naturaleza plurilateral del Acuerdo sobre Contratación Pública supone que las partes en él tenían la intención de regular la cuestión de manera autónoma, es decir, sin tener que recurrir a otras disposiciones como el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

74. La Unión Europea observa también que el hecho de que fuera necesaria la excepción a la norma general de no incluir prescripciones en materia de contenido nacional en los contratos de compra para los países en desarrollo que figura en el párrafo 2 del artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública puede ser interpretado en el sentido de que la prohibición general del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 también se aplica a los países en desarrollo. La posibilidad de negociar algunas condiciones en el momento de la adhesión al Acuerdo sobre Contratación Pública tendría por objeto fomentar la participación en el sistema, sin hacer ningún juicio sobre la aplicabilidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. Además, el GATT de 1994 también incluye disposiciones sobre la adopción de medidas por motivos de balanza de pagos, una situación que se menciona en el Acuerdo sobre Contratación Pública como un aspecto de desarrollo subyacente a la utilización de compensaciones. El Acuerdo sobre las MIC también incluye

una disposición a este respecto. Por último, no es la primera vez que los Miembros de la OMC, al negociar un nuevo acuerdo, aceptan mantener de forma transitoria medidas que son incompatibles con disposiciones de la OMC en vigor: el artículo 5 del Acuerdo sobre las MIC es un buen ejemplo de esta práctica, que se puede encontrar también en el párrafo 2 del artículo XVI del Acuerdo sobre Contratación Pública.

75. En consecuencia, la referencia al modo en que el Acuerdo sobre Contratación Pública trata las compensaciones no es pertinente para la interpretación del alcance del párrafo 8 a) del artículo III del GATT. De lo contrario, el alcance de un acuerdo multilateral (el GATT de 1994, y en particular el alcance del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994) se vería afectado por el sentido que se da a términos diferentes en un acuerdo plurilateral que no es vinculante para todos los Miembros de la OMC.

76. En tercer lugar, como hemos señalado en nuestra respuesta a la pregunta 22, en las circunstancias del asunto que nos ocupa la Unión Europea coincide con la tesis de que las prescripciones en materia de contenido nacional no están incluidas en el ámbito del párrafo 8 a) del artículo III porque no es el equipo lo que el gobierno está contratando. La mercancía que el Gobierno de Ontario estaría contratando o comprando (en su caso) sería la electricidad producida por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. Las prescripciones en materia de contenido nacional se refieren a otros productos (el equipo y los componentes para la generación de electricidad), cuyo origen no aporta nada y está completamente desvinculado de la naturaleza básica del producto contratado o comprado. En otras palabras, la Unión Europea mantiene que las prescripciones en materia de contenido nacional impuestas por el Gobierno de Ontario no "rigen" la supuesta contratación de electricidad, en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III, porque no guardan relación con el contenido de la contratación, que es la electricidad. Esas prescripciones "rigen" una "característica" del equipo para la generación de electricidad que no tiene ningún vínculo racional con los atributos de la electricidad ni con el objeto de la supuesta contratación.

77. Ilustraremos nuestra opinión con un ejemplo. La Unión Europea considera que un gobierno puede exigir, en una licitación pública para comprar la electricidad que se utilizará para alumbrar sus autopistas y carreteras públicas, que esa electricidad se genere utilizando fuente renovables. En tales situaciones, existe un vínculo entre la mercancía comprada y las prescripciones que rigen su contratación, por cuanto la fuente renovable es una característica relacionada con el objeto del contrato, a saber, la compra de electricidad. Análogamente, el gobierno puede incluir prescripciones relativas a los materiales o tejidos utilizados en los trajes o camisas que compra para sus funcionarios. Por el contrario, la imposición de prescripciones tales como que los trajes o las camisas estén hechos o tejidos utilizando maquinara o equipo de fabricación local (o, de forma similar, la prescripción relativa al origen del equipo y los componentes para la generación, como en el presente asunto) no guardaría relación con el contenido de la contratación. Y, en realidad, esas prescripciones equivaldrían a una medida proteccionista encubierta.

78. En síntesis, los hechos demuestran que la prescripción de utilizar equipo y componentes fabricados en Ontario para poder acogerse al Programa de tarifas reguladas no tiene nada que ver con el objetivo declarado del contrato de tarifas reguladas, que se refiere al suministro de electricidad. Simplemente por este motivo, el Grupo Especial puede constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

79. En cualquier caso, la Unión Europea también invita al Grupo Especial a examinar las prescripciones sustantivas que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 que, a juicio de la Unión Europea, conducen al mismo resultado, es decir, que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no están abarcados por dicha disposición.

b) El Programa de tarifas reguladas no conlleva una "compra" (o adquisición)

80. Como se ha explicado antes en el contexto de nuestras alegaciones al amparo del Acuerdo SMC, el Canadá trata de describir lo que hace el OPA en el marco de los contratos de tarifas reguladas como "compra" o "adquisición" pública. Por las razones mencionadas en la sección en que tratábamos las alegaciones presentadas al amparo del Acuerdo SMC, la Unión Europea mantiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no conllevan una "compra" o "adquisición".

81. Además, el Canadá mantiene que el sentido corriente de "*procurement*" es "*acquisition*" (adquisición) y que el OPA verdaderamente adquiere electricidad renovable en el marco de los contratos de tarifas reguladas. A este respecto, la Unión Europea observa que el Canadá está de acuerdo en que la palabra "*procurement*" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 coincide con "adquisición" según las versiones francesa y española. Sin embargo, la Unión Europea no está de acuerdo en que el OPA esté adquiriendo electricidad de los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas a través de los contratos de tarifas reguladas. De conformidad con el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes, el OPA facilita la producción de electricidad a partir de fuentes renovables y encomienda a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas que suministren su electricidad a la red. En este sentido, el OPA no "adquiere" nada, aparte de la obligación de pagar después de suministrada la electricidad a la red o después de que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas dejen de generar electricidad cumpliendo las instrucciones de la IESO.

82. En consecuencia, el OPA no adquiere, utiliza ni posee la electricidad suministrada por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. La finalidad del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no es comprar o adquirir electricidad, sino más bien garantizar que la electricidad producida a partir de fuentes renovables se suministra a la red. El Canadá parece confirmar que no existe compra cuando afirma que el Programa de tarifas reguladas no contempla la "reventa" de electricidad renovable. Si no hay reventa, es razonable suponer que previamente no ha habido compra por el OPA. Puesto que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 exige que el gobierno compre o adquiera productos, y el OPA no lo hace en el marco del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes, el Grupo Especial puede constatar que esas medidas no están comprendidas en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

c) El Programa de tarifas reguladas no conlleva una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos"

83. En el supuesto de que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes equivalgan a una "compra" o "adquisición" del Gobierno de Ontario (lo que no es el caso), la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial puede también constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no cumplen el requisito del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 de que los productos sean comprados "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

84. La Unión Europea ya trató los argumentos del Canadá sobre esta cuestión en su declaración oral inicial en la primera reunión con el Grupo Especial. El Canadá, en su declaración oral inicial en la primera reunión con el Grupo Especial, no abordó en mayor profundidad este requisito.

85. A este respecto, la Unión Europea recuerda que el argumento del Canadá relativo al sentido de la expresión "*for governmental purposes*" (para cubrir las necesidades de los poderes públicos) gira en torno al concepto de "metas del gobierno" en tanto que esas metas figuran en la legislación, los reglamentos, las políticas o las órdenes ejecutivas. La Unión Europea considera intrascendente que las metas declaradas figuren en un instrumento legislativo o en un reglamento. En otro caso se

consideraría que cualquier meta declarada, con independencia de su finalidad o del grado de desconexión con el objeto del contrato público, cumple automáticamente la condición de una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". También es intrascendente que el gobierno compre productos en consonancia con una determinada política pública u objetivo público ya que, como cuestión de principio, se espera de los gobiernos que actúen siempre siguiendo políticas u objetivos públicos. En otras palabras, se debe suponer que los gobiernos, cuando compran productos, lo hacen teniendo presente un objetivo público o una política pública. Por lo tanto, esos objetivos públicos o políticas públicas no pueden ser decisivos para la cuestión del sentido de la expresión "productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos", ya que en otro caso esas expresiones quedarían despojadas de todo sentido real.

86. A juicio de la Unión Europea, la cuestión fundamental que plantea la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos", considerada conjuntamente con las versiones francesa y española del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, es si los productos comprados por el organismo gubernamental se adquirieron con el fin de cubrir las "necesidades" públicas. El término "necesidad" (en español) significa, entre otras cosas, "aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir". El término "*besoins*" (necesidades, en francés) significa "*les choses considérées comme nécessaires à l'existence*" (las cosas consideradas necesarias para la existencia). Así pues, debe entenderse que los términos "*purposes/besoins*" o "necesidades" se refieren a las necesidades del gobierno, en el sentido de que los distintos organismos y poderes públicos no podrían existir o desempeñar sus funciones sin recurrir a las mercancías compradas. Esas necesidades pueden consistir en compras públicas que permitan prestar servicios públicos a los ciudadanos, ya que las instituciones estatales encargadas de prestar servicios públicos necesitarán productos para utilizarlos directamente en la prestación de dichos servicios. Como señaló el Brasil en su declaración oral en calidad de tercero, los distintos gobiernos pueden tener necesidades diferentes en función de "las distintas funciones que los gobiernos pueden llegar a desempeñar en sociedades diferentes". Sin embargo, la Unión Europea considera que las necesidades de un gobierno no pueden incluir las compras destinadas a cumplir una política pública declarada, independientemente de que el gobierno utilice o no los productos en el desempeño de sus muchas funciones y, por consiguiente, independientemente de que esas compras cubran o no las necesidades de los poderes públicos. En otro caso, las compras públicas que tienen por objeto la política pública declarada de "proteger a los productores locales frente a las importaciones" eludirían la obligación de trato nacional que impone el artículo III del GATT de 1994. En otras palabras, una interpretación según la cual el término "necesidades" se refiera a cualquier política pública declarada por el gobierno permitiría eludir el principio fundamental de trato nacional y por consiguiente sería contraria al objeto y fin del artículo III del GATT de 1994.

87. Ilustraremos esto con un ejemplo. Un gobierno puede comprar equipos médicos y medicamentos para utilizarlos en hospitales públicos o libros para que los utilicen los estudiantes de las escuelas públicas, a fin de ofrecer servicios de salud y educación para beneficio de los ciudadanos. Esas compras estarían abarcadas por el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 dado que el gobierno las utilizará para prestar servicios de salud y educación a su población. Por el contrario, la compra de electricidad por el gobierno para que la utilicen únicamente los productores locales, incluso si el apoyo a los productores locales estuviera respaldado por una política pública, no estaría encaminada a cubrir las necesidades del gobierno (ni siquiera las de los ciudadanos en general), sino más bien a una política pública más dudosa desde el punto de vista del trato nacional. Más en general, la compra de electricidad por el gobierno para suministrarla a la red y para que la empleen usuarios industriales o residenciales no puede considerarse una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" a los efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

88. En resumen, la Unión Europea considera que la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" se refiere a las compras efectuadas por el gobierno para cubrir sus necesidades, lo que a su vez abarca también las necesidades relativas al mantenimiento de las infraestructuras y

servicios del sector público, incluida la prestación de servicios a los ciudadanos. Sin embargo, esa expresión no abarca las compras realizadas en función de una política pública, ya que, por definición, todas las compras del gobierno se efectúan con esa finalidad, y esa interpretación permitiría eludir el artículo III del GATT de 1994.

89. En el asunto que nos ocupa, el Canadá aduce que el OPA compra electricidad a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas para cumplir una política pública, a saber, asegurar un suministro de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias. Como ya se ha dicho, lo pertinente a los efectos del párrafo 8 a) del artículo III no es la existencia de un objetivo de política pública, sino la existencia de una "necesidad" del gobierno de comprar los productos que utilizará para desempeñar sus muchas funciones. En este caso, el hecho de que el OPA compre electricidad a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas para asegurar un suministro de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias, en aras de una política pública, no es pertinente, puesto que la electricidad comprada no la utilizan el OPA o el Gobierno del Ontario para desempeñar ninguna de sus funciones (como proporcionar iluminación a los edificios o carreteras públicos, etc.).

90. Además, el Canadá no ha demostrado qué necesidad satisfacen las prescripciones relativas al contenido nacional impuestas en relación con dichas compras. En opinión de la Unión Europea, la inclusión de prescripciones en materia de contenido nacional con respecto a la electricidad eólica y solar demuestra que la electricidad suministrada por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas no se distribuye a la red para cubrir las necesidades del gobierno, como asegurar un suministro de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias; más bien, tras este objetivo declarado hay otro que no satisface ninguna necesidad del gobierno.

91. En consecuencia, incluso si el Grupo Especial considerase que el OPA compra electricidad de conformidad con el contrato de tarifas reguladas, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes, por cuanto contienen requisitos de contenido nacional para la electricidad eólica y solar, no equivaldrían a compras "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

d) Cualquier supuesta compra de electricidad por medio del Programa de tarifas reguladas es para su reventa comercial

92. El Canadá interpreta la expresión "no para su reventa comercial" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 en el sentido de que la compra no debe tener por objeto la reventa con beneficio. El Canadá mantiene que el OPA no compra electricidad con el fin de obtener un beneficio y, de hecho, no hay beneficio puesto que el OPA recupera el costo de su compra mediante el ajuste general. El Canadá también aduce que no hay reventa de electricidad renovable en el marco del Programa de tarifas reguladas dado que el OPA compra la electricidad a medida que se distribuye a la red, cuando está disponible para el consumo.

93. La Unión Europea sostiene que los argumentos del Canadá carecen de fundamento. En primer lugar, con respecto a la interpretación de la expresión "reventa comercial", el Canadá menciona una definición del término "*commerce*" (comercio) que incluye la noción de beneficio. La Unión Europea observa que la definición del Canadá es una definición especializada procedente del derecho mercantil (francés). En realidad, la definición anterior a la que cita el Canadá, que tiene una connotación económica, define "*commerce*" (comercio) como un "*exchange*" (intercambio). Asimismo, otros diccionarios franceses definen con mayor concreción, en sus entradas generales, los propios términos utilizados en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, a saber, "*dans le commerce*" (comercial) se refiere a "*sur le marché*" (en el mercado), sin señalar ninguna relación con los beneficios. Análogamente, el término "comercio" en español no se define por referencia a los

beneficios. Por consiguiente, la interpretación que hace el Canadá de la definición de diccionario del término "*commercial*" (comercial) no es determinante. Otras definiciones respaldan la interpretación de la Unión Europea según la cual la expresión "reventa comercial" significa que el producto comprado se vende o introduce en el mercado ("*revendus dans le commerce*" (reventa comercial)).

94. En segundo lugar, el Canadá hace referencia a cierta jurisprudencia de grupos especiales y del Órgano de Apelación relativa a la interpretación del término "comercial". La Unión Europea observa que en esos informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación no se interpretaba el término "comercial" que figura en el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994. Como el mismo término puede tener significados diferentes en contextos diferentes, la Unión Europea sostiene que las referencias del Canadá a esos informes no son válidas.

95. Además, incluso si esos informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación hubieran considerado que la rentabilidad era fundamental para el sentido de "comercial" en otros contextos, ello no significaría que el concepto de "comercial" deba suponer siempre que hay rentabilidad en todos los casos y en todos los contextos. Puede estar claro que el término "comercial" abarca situaciones donde hay beneficios. No obstante, también puede abarcar situaciones en que no hay beneficios, y aun así una medida puede calificarse como "comercial".

96. A este respecto, la Unión Europea no está de acuerdo con la interpretación que hace el Canadá de las constataciones del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*. El Canadá aduce que la interpretación que hizo el Grupo Especial de la expresión "consideraciones de carácter comercial" del párrafo 1 b) del artículo XVII del GATT de 1994, "confirma que la rentabilidad es fundamental para el sentido corriente de 'comercial'". Sin embargo, eso no es lo que el Grupo Especial decidió. En realidad, en cuanto a la estructura particular de la empresa comercial del Estado que era el sujeto de la diferencia (la Junta Canadiense del Trigo, CWB), el Grupo Especial señaló expresamente que "[n]o cabe disputar el hecho de que el objetivo de la CWB al vender trigo no es obtener un beneficio para sí misma". Más bien, la CWB actúa como un instrumento que no busca rendimientos para sí, sino para los productores canadienses: "en razón de su estructura de gestión, la CWB tiene un incentivo para maximizar los rendimientos para los productores cuyos productos comercializa … incluso si hiciera ventas en mayor volumen y en algunos casos a precios inferiores que una empresa que maximiza el beneficio, esto no implicaría necesariamente que las ventas de la CWB no se basarían exclusivamente en consideraciones de carácter comercial". En otras palabras, la interpretación correcta de la decisión del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano* es que una entidad organizada como empresa comercial del Estado puede perfectamente tener un objetivo distinto de obtener beneficios para sí misma y seguir haciendo compras basadas en "consideraciones de carácter comercial".

97. En tercer lugar, el Canadá aduce que las compras de productos por el gobierno para su reventa fuera del ámbito de lo público a fin de recuperar los costos de la adquisición (es decir, sin beneficio) están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 porque la reventa puede ser necesaria para cumplir el objetivo público para el cual se compró el producto. Por decirlo con otras palabras, el Canadá mantiene que si hubiera que reintroducir el producto comprado en el mercado para cubrir una necesidad pública, incluso si dicho producto fuera vendido posteriormente, esas compras estarían comprendidas en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y, por lo tanto, no tendrían que cumplir la obligación de trato nacional. La Unión Europea observa que esa interpretación del párrafo 8 a) del artículo III no se sostiene, puesto que llevaría a eludir la obligación de trato nacional.

98. En cuanto a los hechos de este asunto, lo que aduce el Canadá es que el OPA puede comprar electricidad a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas, ordenarles que suministren

su electricidad a la red y permitir que los distribuidores se la vendan a los consumidores. Según el Canadá, como el OPA no obtiene un beneficio, ese mecanismo no supondría una reventa comercial y estaría comprendido en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea disiente. No se puede evaluar la expresión "reventa comercial" en el marco de los recursos económicos de los Miembros capaces de comprar productos y revenderlos sin beneficio a otros operadores de forma que éstos obtengan beneficios en último término. Eso sería lo mismo que decir que algunos Miembros tienen capacidad financiera para eludir la obligación de trato nacional que impone el artículo III del GATT de 1994 (vendiendo sin beneficio) mientras que otros están siempre sujetos esa disposición. Pondremos otros ejemplos. Un gobierno no puede comprar patatas únicamente nacionales y revenderlas sin costo alguno (o quizá con una pérdida) a otros operadores porque ya se habría causado el efecto negativo de distorsión del comercio a que se refiere la obligación de trato nacional del artículo III. En efecto, debido a la acción del gobierno, éste compraría la producción de los productores nacionales de patatas, que se reintroduciría en último término en el mercado, con lo que se eludiría la esencia del artículo III del GATT de 1994. El objeto de la expresión "no para su reventa comercial" que figura en el párrafo 8 a) del artículo III es asegurar que no se eluda el principio de trato nacional permitiendo que un gobierno realice compras de forma discriminatoria cuando el producto comprado va a volver al mercado porque el gobierno va a revenderlo. En este sentido, la historia de la negociación confirma que el término "comercial" se añadió "para garantizar que la exención del trato nacional siguiera siendo aplicable en el caso de la compra de mercancías que se vendían después de haber sido utilizadas".

99. Por último, la Unión Europea observa que, en el presente asunto, el hecho de que el OPA no obtenga beneficios puede ser intrascendente en tanto que la electricidad se suministra a la red "para su reventa comercial". En efecto, no se discute que los distribuidores o los minoristas independientes venden posteriormente con beneficios la electricidad suministrada por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas.

100. En consecuencia, la Unión Europea considera que el Grupo Especial puede constatar que el objeto del Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes es la reventa comercial y que por lo tanto, el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no es aplicable a ese Programa y esos contratos.

e) Cualquier supuesta compra de electricidad por medio del Programa de tarifas reguladas es para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial

101. El Canadá mantiene que, para estar comprendida en la última parte de la frase del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, una compra debe realizarse "para" utilizar el producto en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Los casos en que el producto comprado sirve de paso a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial estarían comprendidos en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

102. La Unión Europea no está de acuerdo. La utilización de los términos "*with a view to*" ("para" en la versión española) no depende de la intención subjetiva del Miembro interesado cuando compra los productos en cuestión. Ello haría que la norma jurídica que figura en el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 fuera subjetiva y, en consecuencia, que pudiera ser eludida (esto es, si sólo se basara en la intención, supuesta o declarada, del Miembro interesado). En cambio, la Unión Europea considera que el criterio jurídico del párrafo 8 a) del artículo III debe ser objetivo. En este sentido, las versiones española y francesa de la expresión "*with a view to*", es decir, "para" y "*pour*", son neutrales y abarcan situaciones en que existen pruebas de la intención de la compra pública, así como situaciones en que los productos comprados por el gobierno sin atender a las obligaciones de trato nacional se utilizan de hecho en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Así pues, la interpretación subjetiva que hace el Canadá de la expresión "*with a view to*" no se sostiene.

103. Además, el Canadá mantiene que se debe entender que la expresión "servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial" se refiere a los actos del gobierno, y no a los de otros operadores. La Unión Europea considera que esa interpretación tampoco se sostiene. El texto es neutral con respecto a quien utiliza esa producción y, desde luego, no dice "uso por el gobierno", como pretende el Canadá. Más bien, en el párrafo 8 a) del artículo III se emplea el verbo "servir" en general, sin especificar a quién se sirve en realidad. Teniendo en cuenta el carácter contrario a la elusión que subyace en el texto, la Unión Europea considera que su interpretación correcta debe abarcar situaciones en que la compra pública se efectúa para que alguien utilice posteriormente el producto en la producción de mercancías para su reventa comercial.

104. En consecuencia, en este asunto, el Grupo Especial puede constatar que no se satisface este elemento del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 ya que algunas entidades de Ontario utilizan la electricidad que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas suministran a la red en la producción de mercancías con fines comerciales, un hecho que el Canadá no discute.

f) Conclusiones

105. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que las prescripciones en materia de contenido nacional que incluyen el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994. El Grupo Especial puede hacerlo examinando uno o varios de los elementos mencionados *supra*, que figuran en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994, o todos ellos.

106. En consecuencia, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III puesto que no conllevan la compra (o adquisición) por un organismo gubernamental. Aunque se efectúa una compra, esa adquisición no se hace para el consumo directo o la utilización por el Gobierno de Ontario, ni para su beneficio. Por último, aunque se efectúa una compra, esa adquisición se hace para la reventa comercial o para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

2. Párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994

107. En el presente asunto, la Unión Europea no alega que el Programa de tarifas reguladas infrinja el párrafo 4 del artículo III porque únicamente los productores de energía renovable con sede en Ontario, y no los que no tienen sede en Ontario, pueden beneficiarse de los precios superiores a los de mercado de la energía producida por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. Más bien, la Unión Europea mantiene que las prescripciones en materia de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas discriminan al equipo y los componentes para la generación de energía renovable importados frente al equipo y los componentes de ese tipo fabricados en Ontario. En consecuencia, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes no están comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 8 b) del artículo III.

3. Conclusión

108. Habida cuenta de lo anterior, la Unión Europea concluye que el párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994 no se aplica en este asunto. Por lo tanto, las disposiciones sobre trato nacional del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo, son aplicables en el asunto que nos ocupa.

D. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LAS MIC, CONJUNTAMENTE CON EL PÁRRAFO 1 A) DE SU ANEXO

109. La Unión Europea sostiene que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre las MIC*, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo, porque se trata de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que prescriben la compra o la utilización por empresas de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable de origen o de fuentes de Ontario.

1. Las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC son más específicas que la alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

110. La cuestión central de la presente diferencia son las prescripciones en materia de contenido nacional incluidas en el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes. En particular, para que los productores de energía solar fotovoltaica (tarifas y microtarifas reguladas) o de energía eólica (tarifas reguladas) se beneficien de los precios garantizados a largo plazo en el marco del Programa de tarifas reguladas, deben comprar o utilizar una proporción suficiente de mercancías fabricadas, hechas o ensambladas en Ontario que estén enumeradas en la red de contenido nacional aplicable a fin de satisfacer el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional aplicable. Con ello se establece un incentivo para que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas utilicen mercancías originarias de Ontario con preferencia a mercancías de otros orígenes en sus instalaciones de generación de energía solar fotovoltaica o eólica, porque las mercancías originarias de Ontario se tienen en cuenta en el nivel de contenido nacional de un proyecto y las de otros orígenes no. En otras palabras, el Programa de tarifas reguladas discrimina a los productos importados porque los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas tienen que comprar o utilizar al menos algunos productos de origen nacional o de fuentes nacionales para poder beneficiarse del Programa de tarifas reguladas. Teniendo en cuenta que el texto de la alegación formulada al amparo del Acuerdo sobre las MIC es más específico en relación con los hechos en litigio en la presente diferencia, en comparación con la alegación formulada al amparo del GATT, y teniendo en cuenta que las medidas en litigio tienen naturaleza de MIC, la Unión Europea examinará en primer lugar las alegaciones que ha presentado al amparo del Acuerdo sobre las MIC.

2. El Programa de tarifas reguladas está comprendido en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC

111. Para demostrar que una MIC es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, hay al menos dos posibilidades pertinentes en el presente asunto: 1) presentar pruebas que demuestren la existencia de alguna de las situaciones descritas en la Lista ilustrativa de MIC incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT (y, en particular, en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC), o 2) demostrar que ha habido una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

112. La Unión Europea considera que hay pruebas suficientes de que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son MIC tratadas expresamente en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. En efecto, el Programa de tarifas reguladas es una MIC "cuyo cumplimiento [es] necesario para obtener una ventaja", puesto que no cumplir el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional significaría que los productores no se beneficiarían del Programa de tarifas reguladas. Además, el Programa de tarifas reguladas exige la compra o utilización de equipo y componentes nacionales para satisfacer el nivel mínimo obligatorio de contenido nacional aplicable.

113. Por lo tanto, la Unión Europea sostiene que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre las MIC*, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo, porque se trata de MIC que exigen la compra o la utilización por empresas (los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas) de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable de origen o de fuentes de Ontario.

3. Conclusión y reparación solicitada

114. Habida cuenta de lo anterior, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre las MIC*, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo, porque son MIC que exigen la compra o la utilización por empresas de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable de origen o de fuentes de Ontario.

115. La Unión Europea solicita al Grupo Especial que recomiende que el Canadá ponga el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes en conformidad con el Acuerdo sobre las MIC, como prescribe el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

E. LAS MEDIDAS EN LITIGIO SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

116. La Unión Europea aduce que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque se trata de MIC comprendidas en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. Subsidiariamente, la Unión Europea aduce que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen prescripciones en materia de contenido nacional a los productores de electricidad eólica y solar fotovoltaica que afectan a la venta, la compra y el uso en el mercado interior de equipo y componentes para la generación de energía renovable, y conceden un trato menos favorable a los productos similares originarios de la UE.

117. El Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes están comprendidos en la Lista ilustrativa de medidas consideradas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT a tenor del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. La Unión Europea considera que, basándose únicamente en eso, el Grupo Especial puede constatar que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son también, en consecuencia, incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT.

118. Si el Grupo Especial decidiera examinar la alegación presentada al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 independientemente (por ejemplo, por no aplicar el principio de economía procesal) o antes que la alegación presentada al amparo del Acuerdo sobre las MIC, la Unión Europea sostiene que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque conceden un trato menos favorable al equipo y los componentes para instalaciones de generación de energía renovable importados que el que conceden a los productos similares originarios de Ontario. La Unión Europea incorpora a la presente comunicación los párrafos 262 a 283 de la primera comunicación escrita del Japón en la diferencia DS412.

119. En efecto, el equipo y los componentes para la generación de energía renovable fabricados en Ontario y los importados de la Unión Europea son "productos similares" en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Varios grupos especiales han sostenido que cuando la diferencia en el trato concedido a los productos nacionales y los importados se basa exclusivamente en el origen de los productos, es correcto tratar a los productos como "similares" en el sentido del párrafo 4 del

artículo III. En ese caso, no es necesario establecer la similitud entre los productos importados y los nacionales en función de los criterios habituales, es decir, sus propiedades físicas, sus usos finales y los gustos y hábitos de los consumidores. En otras palabras, para satisfacer el criterio del "producto similar", basta con que una parte reclamante demuestre que puede haber o que hay productos importados y productos nacionales "similares". En el asunto que nos ocupa, el único criterio que diferencia a los productos es el del origen. En la red de contenido nacional no se hace referencia a ninguna diferencia sustancial entre el equipo nacional y el importado en cuanto a sus propiedades físicas, los usuarios finales, la percepción de los consumidores y las clasificaciones arancelarias. Por consiguiente, ambos productos, nacionales e importados, son similares.

120. Además, como se ha explicado antes, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son prescripciones que afectan a la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

121. Asimismo, el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes conceden un trato menos favorable al equipo y los componentes para la generación de energía renovable importados que el otorgado a los productos similares originarios de Ontario. El Programa de tarifas reguladas establece incentivos para que los productores de energía eólica y solar fotovoltaica con sede en Ontario utilicen equipo y componentes para la generación de energía renovable fabricados en Ontario. El propósito fundamental de esas medidas es alterar las condiciones de competencia entre los productos similares importados y nacionales para crear de forma artificial una preferencia por los productos nacionales.

122. En consecuencia, como el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes imponen prescripciones en materia de contenido nacional a los productores de electricidad eólica y solar fotovoltaica que afectan a la venta, la compra y el uso en el mercado interior de equipo y componentes para la generación de energía renovable, y conceden un trato menos favorable a los productos similares originarios de la UE, el Programa y los contratos mencionados son incompatibles con la obligación de trato nacional que corresponde al Canadá en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

123. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque son MIC comprendidas en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC. Subsidiariamente, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate que el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen prescripciones en materia de contenido nacional a los productores de electricidad eólica y solar fotovoltaica que afectan a la venta, la compra y el uso en el mercado interior de equipo y componentes para la generación de energía renovable, y conceden un trato menos favorable a los productos similares originarios de la UE.

124. La Unión Europea solicita al Grupo Especial que recomiende que el Canadá ponga el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes en conformidad con el GATT de 1994, como prescribe el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

IV. CONCLUSIONES Y SOLICITUD DE REPARACIÓN

125. Sobre la base de lo que antecede, la Unión Europea solicita al Grupo Especial que constate lo siguiente:

- El Canadá ha infringido los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC porque el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes establecidos por el

Gobierno de Ontario son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que se conceden supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, al empleo de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable fabricados en Ontario con preferencia al equipo y los componentes de ese tipo importados de otros Miembros de la OMC, incluida la Unión Europea;

- El Canadá ha infringido el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, conjuntamente con el párrafo 1 a) de su Anexo, porque el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes establecidos por el Gobierno de Ontario son MIC que exigen la compra o el uso por las empresas de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable originarios o procedentes de Ontario; y

- El Canadá ha infringido el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes establecidos por el Gobierno de Ontario son MIC comprendidas en el párrafo 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC o, subsidiariamente, porque imponen prescripciones en materia de contenido nacional a los productores de electricidad eólica y solar fotovoltaica que afectan a la venta, la compra y el uso en el mercado interior de equipo y componentes para la generación de energía renovable, y conceden un trato menos favorable a los productos similares originarios de la UE.

ANEXO A-3

RESUMEN INTEGRADO DEL CANADÁ

ÍNDICE

Página

I. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ EN EL ASUNTO DS412 ..... A-64
A. INTRODUCCIÓN A-64
B. RESEÑA DE LOS HECHOS A-64
C. ARGUMENTOS JURÍDICOS A-71
1. El Programa de tarifas reguladas no está sujeto al artículo III del GATT A-72
2. La alegación del Japón al amparo del Acuerdo sobre las MIC A-74
3. La alegación del Japón al amparo del Acuerdo SMC A-74
II. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ EN EL ASUNTO DS426 ..... A-78
A. EL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS NO ESTÁ SUJETO AL ARTÍCULO III DEL GATT, DEBIDO A QUE ESTÁ COMPRENDIDO EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III. A-78
B. LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL ACUERDO SMC A-79
III. DECLARACIÓN INICIAL DEL CANADÁ EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL A-81
A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT A-81
B. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL ACUERDO SMC A-84
IV. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA PRESENTADA POR EL CANADÁ EN LOS ASUNTOS DS412 Y DS426 ..... A-86
A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT A-87
B. LA ALEGACIÓN DE EXISTENCIA DE SUBVENCIÓN A-92
V. DECLARACIÓN INICIAL DEL CANADÁ EN LA SEGUNDA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL A-92
A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT A-92
B. LA ALEGACIÓN DE EXISTENCIA DE SUBVENCIÓN A-95

I. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ EN EL ASUNTO DS412[1]

A. INTRODUCCIÓN

1. La electricidad es esencial para el bienestar de la población. Por ello, el Gobierno de Ontario contribuye de manera importante al objetivo de garantizar un suministro suficiente y fiable de electricidad, procedente, entre otras, de fuentes limpias, al regular la rama de producción eléctrica y ser propietario de instalaciones de generación y de la mayor parte de la red de transmisión. El Gobierno de Ontario también adquiere electricidad por medio de su agente, el Organismo de Energía de Ontario (OPA), que suscribe "acuerdos de compra de energía" con productores de energía independientes.

2. Mediante el Programa de tarifas reguladas (TR), el OPA compra electricidad procedente de fuentes renovables. Además de ayudar a asegurar el suministro de electricidad, el Programa de tarifas reguladas ayuda también a proteger el medio ambiente, ya que reduce la dependencia de Ontario de la electricidad generada a partir de carbón y, por lo tanto, la producción de gases de efecto invernadero.

3. La adquisición de electricidad por el OPA mediante el Programa de tarifas reguladas está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) y, en consecuencia, no está sujeta al artículo III del GATT y no puede ser incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC). En virtud del párrafo 8 a) del artículo III, las leyes, reglamentos y prescripciones que rigen determinadas adquisiciones quedan excluidos de las obligaciones previstas en el artículo III del GATT y el Acuerdo sobre las MIC. Como explicó el Ministerio de Economía, Comercio e Industria del Japón, el párrafo 8 a) del artículo III "permite que los gobiernos compren preferentemente productos nacionales, haciendo de la adquisición por organismos gubernamentales una de las excepciones a la norma de trato nacional".

4. El Japón tampoco ha probado su alegación de que el Programa de tarifas reguladas es una subvención prohibida en virtud del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), por dos razones: en primer lugar, ha caracterizado incorrectamente la compra de bienes por el OPA al describirla como una transferencia directa, o posiblemente directa, de fondos, o como una forma de sostenimiento de los ingresos o de sostenimiento de los precios; y, en segundo lugar, los puntos de referencia que ha elegido para demostrar el otorgamiento de un "beneficio" son inadecuados.[2]

B. RESEÑA DE LOS HECHOS

5. El sistema de electricidad de Ontario ha sido tradicionalmente propiedad del gobierno provincial, que también ha estado a cargo de su administrado. De 1973 a 1998, una empresa pública llamada Ontario Hydro estuvo encargada de garantizar casi toda la generación y transmisión de electricidad en la provincia. En 1998, las dificultades financieras que enfrentó Ontario hicieron que el

[1] El Canadá ha resumido cronológicamente los principales argumentos que figuran en sus declaraciones escritas y sus declaraciones orales iniciales. Al resumir las comunicaciones posteriores, ha tratado de presentar únicamente los puntos nuevos que han surgido. En lo que respecta a los resúmenes de sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial y a determinadas observaciones sobre las respuestas de los reclamantes, el Canadá los ha insertado en las secciones pertinentes de este documento o, en lo posible, los ha incluido en notas de pie de página al texto más pertinente.

[2] En lo que respecta a la solicitud de resolución preliminar presentada por el Canadá de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, en su decisión el Grupo Especial expuso un resumen general de los argumentos del Canadá.

gobierno promulgara la *Ley sobre la competencia en el sector de la energía* y la *Ley de electricidad de 1998*, por las que se estableció el mercado de la electricidad y se dividieron entre cinco entidades diferentes las competencias de Ontario Hydro.

6. En primer lugar, se creó el Operador Independiente del Mercado Eléctrico (IMO), encargado de gestionar el mercado eléctrico mayorista.[3] En segundo lugar, se constituyó la entidad denominada Ontario Power Generation (OPG) para que fuera la propietaria y administradora de los activos de generación de Ontario Hydro, por lo que se hizo cargo del 90% de la generación de electricidad en Ontario. En tercer lugar, se asignó a Hydro One la propiedad de la mayor parte del sistema de transmisión de Ontario y de su mayor empresa de distribución. En cuarto lugar, se creó Ontario Electricity Financial Corporation (OEFC) para gestionar la deuda y los contratos con productores sin vocación de servicio público (NUG) heredados de Ontario Hydro. En quinto lugar, se estableció el Organismo de Seguridad Eléctrica (ESA) para mejorar la seguridad eléctrica para la población de Ontario.

7. Al mismo tiempo, se encomendó a la Comisión de la Energía de Ontario (OEB) la regulación de la rama de producción eléctrica y el establecimiento de tarifas para las empresas de distribución y de precios para el consumidor, con arreglo al Plan de precios regulados (RPP).[4]

---

[3] **Respuesta a la pregunta 19 (segunda serie):** El mercado eléctrico mayorista administrado por el IMO estaba basado en ofertas de electricidad y pujas para comprar electricidad. En ese mercado, los productores ofrecían determinadas cantidades de electricidad a tarifas y volúmenes específicos, mientras que los compradores (principalmente, empresas de distribución local) pujaban para comprar. El IMO equilibraba la oferta y la demanda aceptando todas las ofertas hasta alcanzar la cantidad total de electricidad necesaria para un determinado intervalo de cinco minutos. La última cantidad de electricidad aceptada por el IMO determinaba el precio de equilibrio de mercado (PEM). El promedio de todos los PEM respecto de una hora dada determinaba el HOEP. Tras la clausura del mercado en noviembre de 2002, ese mecanismo siguió siendo la base con arreglo a la cual la IESO equilibraba la oferta y la demanda físicas (es decir, el volumen). Sin embargo, el mecanismo de la IESO funciona de forma diferente. En primer lugar, no todos los productores presentan "ofertas" de la misma manera. Una diferencia muy significativa es que la energía generada no despachable (incluida la electricidad solar y eólica acogida al Programa de tarifas reguladas) se incorpora al cúmulo de la IESO automáticamente, a partir de estimaciones de volúmenes generados, y sin ninguna "oferta" de tarifas. A continuación, la IESO incorpora al cúmulo la cantidad correspondiente a la carga básica procedente de todas las instalaciones de la OPG reguladas. La OPG presenta la "oferta" de esa electricidad de carga básica a tarifas sumamente bajas, y frecuentemente negativas, para asegurarse de su aceptación. Puede hacerlo sin tener que afrontar ninguna repercusión negativa en los ingresos porque sus verdaderas tarifas las determina la OEB mediante disposiciones reglamentarias.

Únicamente después de haber sido aceptados esos volúmenes, comienza la IESO a incorporar al cúmulo las ofertas de otros productores. Éstos perciben tarifas contractuales o únicamente el HOEP. Estas ofertas proceden de todas las fuentes de generación, salvo las no despachables. Sin embargo, las tarifas que se ofrecen no reflejan el verdadero precio de la generación de ninguna de las fuentes de electricidad contratadas, ya que éste se determina previamente en los contratos con el OPA o la OEFC. Finalmente, las últimas cantidades de electricidad incorporadas al cúmulo tienden a ser las generadas por centrales de gas que tienen contratos con el OPA. Esos contratos contienen disposiciones que exigen a las centrales de gas presentar "ofertas" cuya tarifa se determina mediante una fórmula que garantiza que esas centrales funcionen cuando sea más económico para ellas hacerlo.

Por lo que respecta a la demanda en el mecanismo de cúmulo de la IESO, las empresas de distribución local, que son las que presentan la inmensa mayoría de las "pujas" de demanda, son inelásticas en cuanto a la tarifa y en cuanto al volumen. Simplemente transmiten la demanda de los usuarios finales basándose en los volúmenes consumidos previstos, y aceptan cualquier tarifa.

[4] Respuesta a la pregunta 37 (primera serie): Las operaciones de la OEB han sido sustancialmente las mismas antes y después del período del mercado competitivo de 2002. En 2003 se ampliaron las funciones de la Comisión para incluir la elaboración de un nuevo mecanismo de determinación de los precios de la electricidad al por menor, el Plan de precios regulados (RPP). Además, en 2002, cuando se creó el OPA, se encomendó a

8. Entre los años 1998 y 2002, mientras se preparaba la apertura del mercado competitivo, se construyeron pocas instalaciones de generación y la inversión del sector privado fue insuficiente para asegurar un suministro fiable. El mercado competitivo se inauguró en mayo de 2002.[5] En el verano de 2002, las altas temperaturas registradas en la provincia originaron un aumento de la demanda y de los precios de la electricidad. En consecuencia, el gobierno estableció precios máximos de la electricidad para los consumidores residenciales e institucionales y para las pequeñas empresas.

9. En 2004, en el marco de un plan para suprimir los precios máximos y facilitar la inversión en nueva capacidad de generación, el gobierno reestructuró nuevamente el sistema de electricidad mediante la *Ley de reestructuración del sector eléctrico*. El sistema que actualmente existe en Ontario es, en gran medida, resultado de dicha Ley. La supervisión gubernamental del sistema de electricidad se encomendó al Ministerio de Energía, que está encargado de asegurar que las necesidades de electricidad de Ontario se satisfagan de manera sostenible. El Ministerio de Energía también tiene competencia legislativa respecto de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico (IESO), la OEB, el OPA, la OPG e Hydro One.

10. Dado que la experiencia en el mercado mayorista competitivo demostró que ese mecanismo no sería suficiente para abastecer las necesidades de suministro a largo plazo, se creó el OPA, al que se encomendó la planificación del sistema a largo plazo, la adquisición de electricidad y el fomento de

---

la OEB la aprobación de sus tasas y de sus procesos de adquisición. En 2005, la OEB se hizo cargo de la regulación de las tarifas de las instalaciones de generación reguladas de la OPG.

En 2002 la IESO pasó a llamarse IMO. Estaba a cargo de la gestión del mercado eléctrico mayorista y de la administración del sistema. En 2004 el IMO pasó a llamarse nuevamente IESO. Actualmente la IESO sigue velando por la fiabilidad del sistema de energía, está encargada de administrar el algoritmo que equilibra la oferta y la demanda físicas, y suministra previsiones a corto plazo de demanda y oferta de electricidad. No hay ningún cambio sustantivo en sus funciones; sin embargo, la supresión del término "Mercado" en su nombre indicaba el cambio que había tenido lugar en el sistema de electricidad de Ontario. El OPA no existía en 2002. Lo creó la Ley de reestructuración del sector eléctrico en 2004. En 2002 no había ninguna entidad encargada de adquirir electricidad por cuenta del Gobierno de Ontario.

[5] Respuesta a la pregunta 1 (segunda serie): Las tecnologías de generación que existían durante la liberalización eran la nuclear, la de carbón, la de petróleo y gas, la hidroeléctrica, la eólica, y la de madera y residuos. Se han indicado las respectivas capacidades y volúmenes de producción correspondientes a 2002. Esos productores percibían como remuneración el HOEP, con la excepción de los NUG, que percibían tarifas contractuales. Durante la liberalización, los NUG percibieron entre 0,06 y 0,07 dólares/kWh en promedio. El mecanismo del IMO no se aplicó a los NUG, ya que éstos tenían derecho a percibir las tarifas contractuales que habían convenido con la extinta Ontario Hydro a principios de la década de 1990. Los NUG representaban aproximadamente el 6% de la generación en 2002. El HOEP medio durante la liberalización estuvo comprendido entre 0,03 y 0,083 dólares/kWh. Los cargos por concepto distinto de la electricidad como producto básico no estaban incluidos en el HOEP, como tampoco lo están actualmente. En 2002 esos cargos consistían en el cargo de servicio del mercado mayorista, el cargo de transmisión y el cargo de amortización de la deuda; en el período comprendido entre mayo y noviembre de 2002, ambos incluidos, esos cargos ascendieron en promedio a 0,07 dólares/kWh, 0,087 dólares/kWh y 0,07 dólares/kWh, respectivamente. Durante el período de liberalización, todos los usuarios finales pagaban esos cargos, además del HOEP, tal y como sucede actualmente. Entre mayo y noviembre de 2002 Ontario importó en total 5,1 TWh de electricidad. Esa cifra representó aproximadamente el 5,7% de la demanda total de Ontario correspondiente a ese período (las importaciones netas representaron aproximadamente el 4,4% de la demanda total).

El Gobierno de Ontario decidió poner fin a la liberalización cuando un fuerte aumento de las temperaturas impulsó la demanda, al tiempo que la oferta encontraba un obstáculo en la estructura del mercado, que no alentaba la entrada de nuevos productores en medida suficiente, lo que hizo que los precios aumentaran significativamente en un breve período. Las dificultades experimentadas por los consumidores a consecuencia de ese aumento de los precios indujeron al Gobierno a reducir los precios de la electricidad para determinados consumidores y establecer precios máximos. Con objeto de suprimir los precios máximos y facilitar la inversión en nueva capacidad de generación, el Gobierno reestructuró el mercado eléctrico, transformándolo en el sistema de electricidad que existe actualmente.

las energías renovables y la energía limpia.[6] También en el marco de la restructuración, el IMO pasó a denominarse IESO. La IESO sigue gestionando la fiabilidad del sistema de energía y administrando el sistema de electricidad.

11. Actualmente, la electricidad es generada por instalaciones de la OPG (que aportan aproximadamente el 50% del suministro) y por productores de energía independientes que tienen contratos con el OPA o la OEFC (que aportan aproximadamente el 42% del suministro). A mediados de 2011, la electricidad adquirida por el OPA representaba aproximadamente 12.426 MW de la capacidad de generación de Ontario. El OPA adquiere electricidad suscribiendo contratos de largo plazo llamados "acuerdos de compra de energía".[7]

12. Por lo tanto, el Gobierno de Ontario ayuda a asegurar el suministro de electricidad mediante la regulación del sector de la electricidad, la propiedad de instalaciones de generación y la adquisición de electricidad.[8] Al hacerlo, el gobierno afronta principalmente dos retos: en primer lugar, garantizar un suministro suficiente, y, en segundo lugar, garantizar un suministro procedente de fuentes limpias.

---

[6] Respuesta a las preguntas 10 y 36 (primera serie): El OPA no es un "agente" ni una "cámara de compensación", como afirma la Unión Europea. El texto legislativo por el que se estableció el OPA no encomienda al Organismo que actúe como agente, sino que suscriba contratos de adquisición. El OPA no tiene contratos de agencia con vendedores o compradores de electricidad, ni actúa por mandato de proveedores o consumidores acogidos al Programa de tarifas reguladas. Lo que hace, junto con el Ministerio de Energía, es decidir las condiciones de la compra.

Una "*clearing house*" (cámara de compensación) es "[*a*]*n institution … for the adjustment of their mutual claims for cheques and bills* […]" (una institución ... para la liquidación de sus derechos recíprocos sobre cheques y efectos de comercio ...". El OPA no cumple esa función. El OPA tampoco actúa como "regulador": ésa es la función de la OEB. La OEB regula los precios que pagan los consumidores y las empresas de Ontario que tienen un volumen de consumo bajo, las tarifas que se pagan a las instalaciones de generación de electricidad que son propiedad del Gobierno y las tarifas que se pagan a las empresas de transmisión y distribución por entregar la electricidad. El OPA, en cambio, no regula nada. Suscribe contratos de compra de energía. Los proveedores tienen libertad para aceptar o rechazar el precio ofrecido por el OPA.

Respuesta a la pregunta 29 (primera serie): El Gobierno de Ontario no garantiza los compromisos del OPA. Actualmente, la única fuente de ingresos del OPA para pagar los precios contratados es el ajuste global. En el caso improbable de que los consumidores no paguen el ajuste global, el OPA puede resultar incapaz de hacer esos pagos.

[7] Respuesta a las preguntas 16 y 18 (segunda serie): Es práctica habitual en los contratos especificar el tipo de tecnología de generación que se empleará. Por ejemplo, los contratos suscritos en el marco de la Iniciativa sobre Contratos Hidroeléctricos (HCI) sólo se adjudican a centrales hidroeléctricas. De manera similar, los contratos suscritos en el marco del Programa de oferta uniforme de cogeneración de energía térmica y eléctrica sólo se utilizan en el caso de la electricidad generada a partir de gas. Otros programas, como el Programa de tarifas reguladas, exigen que la electricidad se genere a partir de determinadas fuentes renovables. El único contrato para generación nuclear es el de la modernización de Bruce Power. Los contratos que el OPA suscribe con instalaciones hidroeléctricas en el marco de la HCI y el Programa de tarifas reguladas son genéricos en lo que respecta a la tecnología (es decir, prevén tarifas uniformes). También es práctica habitual en los contratos con productores conectados a la red estipular prescripciones en relación con la red. Normalmente, esas prescripciones incorporan las Normas de mercado de la IESO. Por ejemplo, en el artículo 2.2(d) del Contrato RES II se prescribe que los generadores presenten una "Evaluación de los efectos de la conexión ...".

[8] Respuesta a la pregunta 34 (primera serie): En Ontario, los objetivos de seguridad eléctrica y generación sostenible se recogen en el artículo 1 de la Ley de electricidad de 1998. El mandato del OPA de garantizar un suministro de electricidad suficiente, fiable y seguro se recoge en el artículo 25.2 de dicha Ley. Esos objetivos también están previstos en la Ley sobre energía verde de 2009 y el Plan energético a largo plazo (LTEP). Las jurisdicciones vecinas comparten esos objetivos. Para participar en la red de distribución de energía eléctrica de América del Norte, la IESO debe cumplir las normas elaboradas por la North American Reliability Corporation, incluida la prescripción de contar con reservas de generación suficientes.

13. El primer reto, garantizar un suministro suficiente, se deriva del hecho de que la población de Ontario aumentará en un 28% para 2030, al tiempo que varias instalaciones nucleares se cerrarán temporalmente para realizar labores de mantenimiento. Por lo tanto, la oferta se reducirá, mientras que se prevé que la demanda aumente. Además, el gobierno se ha comprometido a eliminar la generación a partir de carbón para 2014. Se estima que para 2030 será necesario renovar, sustituir o añadir 15.000 MW de capacidad de generación a la capacidad de generación actual, de 35.000 MW.

14. Sin embargo, el gobierno se enfrenta al problema de estimular la inversión en nueva capacidad de generación de electricidad, es decir, el problema de la "falta de dinero". Este problema surge cuando los precios al por mayor no proporcionan una compensación adecuada de los costos fijos de los productores o de los costos totales de inversión de los nuevos productores. En tal situación, un inversor no financiará la construcción de nuevas instalaciones de generación, si se aplican esos precios al por mayor. Este problema se agudiza en el caso de las tecnologías de generación que requieren la inversión intensiva de capital y que son necesarias para la generación de electricidad renovable.[9]

15. En Ontario, el precio en el mercado mayorista (precio horario de la energía de Ontario (HOEP)) no proporciona una compensación suficiente para estimular la inversión en generación. En consecuencia, el 92% de los productores de Ontario no percibe únicamente el HOEP, sino que a esos productores se les pagan precios regulados o contractuales que son superiores al HOEP, en virtud de la reglamentación de la OEB, de contratos con el OPA o de contratos con la OEFC.[10]

[9] Respuestas a la pregunta 42 (primera serie); y las preguntas 2 y 7 (segunda serie): Un obstáculo significativo que encuentran los nuevos inversores al entrar en el sector de la electricidad en Ontario es asegurarse de que sus ingresos por ventas cubran sus costos totales de producción y les reporten un rendimiento suficiente para justificar los riesgos. Además, los nuevos inversores también encuentran obstáculos al obtener financiación para el proyecto, ya que con frecuencia deben demostrar a los prestamistas que tienen contratos de compra de electricidad de larga duración con entidades solventes. Además, tienen que satisfacer varias prescripciones reglamentarias, tales como determinadas prescripciones en materia de solvencia; solicitar a la IESO la condición de participante en el mercado y pagar una tasa de solicitud; obtener una licencia de la OEB; registrar las instalaciones de generación en la IESO (si están conectadas a la red de transmisión); y registrar contadores de intervalo para medir la energía que entra o sale de la red.

Todos los proveedores acogidos al Programa de tarifas reguladas que están conectados a la red de la IESO son considerados "participantes en el mercado" y están obligados a cumplir las Normas de mercado de la IESO. Las Normas de mercado se han establecido para garantizar la seguridad y fiabilidad del sistema.

[10] Respuestas a la pregunta 38 (primera serie); y la pregunta 5 (segunda serie): Todas las tarifas percibidas por los productores son superiores al HOEP, con la excepción de determinadas instalaciones de carbón de propiedad de la OPG, más antiguas y no sujetas a regulación, y de las instalaciones hidroeléctricas que no generan carga básica. Las centrales nucleares e hidroeléctricas de carga básica de la OPG perciben precios superiores al HOEP. Desde el 1º de marzo de 2011, la tarifa de la electricidad nuclear pasó a ser de 0,056 dólares/kWh y la de la hidroeléctrica regulada de 0,034 dólares/kWh. Bruce Power percibía 0,057 dólares/kWh por sus unidades "A" y un precio mínimo de 0,045 dólares/kWh por sus unidades "B", con los ajustes previstos en las condiciones de su contrato. Esas tarifas se incrementan con arreglo al factor relativo al índice de precios al consumidor (IPC). Las centrales hidroeléctricas no reguladas perciben únicamente el HOEP. Las centrales acogidas a la HCI del OPA perciben 0,069 dólares/kWh, incrementados con arreglo al IPC. Los productores hidroeléctricos acogidos al Programa de tarifas reguladas perciben 0,131 dólares/kWh. Las centrales de gas que tienen contrato con el OPA perciben 0,09 dólares/kWh en promedio, mientras que a los NUG a partir de gas que tienen contrato se les paga 0,10 dólares/kWh. Dos instalaciones de carbón que tienen contrato con la OEFC perciben aproximadamente 0,10 dólares/kWh además del HOEP, en concepto de pago de apoyo para contingencias. Las demás instalaciones de carbón perciben únicamente el HOEP. Los productores de bioenergía acogidos al programa RESOP perciben 0,11 dólares/kWh. Los proyectos de bioenergía nuevos acogidos al Programa de tarifas reguladas perciben entre 0,104 y 0,195 dólares/kWh. Las tarifas para los productores de energía eólica y solar acogidos al programa RES están comprendidas entre 0,08 y 0,11 dólares/kWh. Los proyectos de energía eólica acogidos al Programa de tarifas reguladas perciben 0,135 dólares/kWh. Los productores de energía solar acogidos al Programa de tarifas reguladas perciben

Las instalaciones de generación nuclear y de generación hidroeléctrica de carga básica de la OPG perciben tarifas que fija la OEB, mientras que los productores que perciben precios fijados mediante contratos de capacidad son los NUG, los productores independientes de energía, las plantas de la OPG que han suscrito contratos, y los productores acogidos al Programa de suministro de energía renovable (RES) y al Programa de tarifas reguladas.[11] Los únicos productores que perciben únicamente el HOEP son las instalaciones hidroeléctricas no reguladas de la OPG y dos instalaciones alimentadas por carbón, que representan aproximadamente el 8% de la generación. Estos últimos productores son instalaciones más antiguas, de propiedad estatal, cuyos costos de capital se han amortizado en gran medida. En el caso del carbón, las instalaciones se cerrarán para finales de 2014.

16. En segundo lugar, Ontario afronta el reto de asegurar el suministro de energía limpia, ya que se ha comprometido a reducir su producción de gases de efecto invernadero y a eliminar gradualmente la generación a partir de carbón para finales de 2014. La generación a partir de carbón será sustituida en parte por generación a partir de fuentes renovables. El Gobierno se propone aumentar la capacidad de las energías eólica y solar y de la bioenergía hasta 10.700 MW para 2018.[12]

17. Los programas de tarifas reguladas contribuyen de manera importante a garantizar el suministro de electricidad limpia. Países de todo el mundo, incluido el Japón, han desarrollado programas de tarifas reguladas, que generalmente establecen tarifas garantizadas mediante contratos de largo plazo a cambio del suministro de electricidad renovable por los productores.[13]

---

precios comprendidos entre 0,443 y 0,713 dólares/kWh, dependiendo de la instalación solar. Los productores de energía solar acogidos al programa RESOP perciben 0,42 dólares/kWh. En los contratos suscritos con el OPA para la generación de electricidad a partir de gas natural y para la generación fotovoltaica no solar acogidos al RESOP se prevé un incremento anual del 20% del IPC de Ontario.

[11] Respuesta a las preguntas 15 y 16 (primera serie): El único contrato entre los productores de Ontario y las empresas de transmisión es un "contrato de conexión" que establece las condiciones en que los productores inyectan la electricidad a la red de transmisión. La tasa que cobran las empresas de transmisión por distribuir la electricidad la determina la OEB y la pagan los consumidores. No hay contratos de compra de electricidad entre los productores y las empresas de transmisión. El único contrato entre los productores y las empresas de distribución local es un "contrato de conexión" de similares características. La tasa que perciben las empresas de distribución local por distribuir la electricidad la determina la OEB y la pagan los consumidores. No hay contratos de compra de electricidad entre los productores y las empresas de distribución local. No hay relación contractual entre los productores de energía de Ontario y los consumidores, tanto si los productores están conectados para transmisión como si están conectados para distribución.

[12] Respuesta a la pregunta 33 (primera serie): Las políticas vigentes en materia de "composición del suministro" figuran en el LTEP. El LTEP establece que la composición del suministro de Ontario debe ser el resultado de un equilibrio entre la fiabilidad, el costo y los efectos medioambientales. Por consiguiente, las distintas tecnologías empleadas tienen que lograr un equilibrio entre objetivos, a saber: la conservación, un suministro suficiente de energía de carga básica, intermedia y máxima, y la reducción de las emisiones de carbono.

[13] Respuesta a las preguntas 46 y 50 (segunda serie): Varios gobiernos en distintos lugares del mundo fomentan el suministro de electricidad procedente de fuentes limpias en el marco de políticas para garantizar un suministro fiable y suficiente. Por ejemplo: 1) el Japón, mediante su "Política estratégica de energía"; 2) Europa, mediante la "Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables"; 3) Alemania, en su declaración sobre "El camino hacia la energía del futuro: fiable, asequible y ecológica"; 4) California, mediante su política "Un futuro de energía limpia"; 5) Australia, mediante el Ministerio de Recursos, Energía y Turismo y su compromiso con las tecnologías energéticas limpias; 6) Sudáfrica, mediante su Ley nacional de la energía; y 7) Suiza, mediante su "Estrategia Energética 2050".

El Canadá no cree que todos los gobiernos persigan este objetivo de la misma manera que el Gobierno de Ontario. Algunos sí. Por ejemplo, la India adquiere energía mediante su programa National Solar Mission, que tiene por objeto "promover el crecimiento ecológicamente sostenible y afrontar al mismo tiempo el desafío de la seguridad energética en la India" y exige que las empresas estatales de servicios públicos adquieran electricidad de origen solar mediante una "obligación de compra renovable".

Con frecuencia, esos precios son superiores a los de la electricidad producida a partir de fuentes tradicionales, dado que los costos de producción son mayores.

18. Los costos de producción de las energías eólica y solar son significativamente mayores por varias razones. Por ejemplo, hay menos economías de escala en comparación con las grandes centrales nucleares, de carbón, hidroeléctricas y de gas; las instalaciones eólicas y solares producen electricidad durante un período del año mucho más corto; el hecho de que el acervo de experiencia sea menor implica que se conocen menos procedimientos para lograr una mayor eficiencia en las operaciones; y la falta de experiencia en la construcción de instalaciones eólicas y solares da lugar a que haya menos eficiencia. Por lo tanto, los precios que garantizan los programas de tarifas reguladas proporcionan a los productores una remuneración que cubre el costo superior que entraña la generación de electricidad renovable.

19. El Programa de tarifas reguladas de Ontario se creó mediante una Directiva Ministerial emitida por el Ministro de Energía e Infraestructura a la OPA el 24 de septiembre de 2009, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 25.35 de la *Ley de electricidad de 1998*. El objetivo que se perseguía era inducir a la creación de nueva capacidad de generación renovable. Ello era necesario porque la mayoría de esos productores no habría entrado en el mercado de no haber existido el Programa de tarifas reguladas.

20. La Directiva Ministerial encomendó al OPA la elaboración de un Programa de tarifas reguladas "destinado a adquirir energía procedente de una amplia variedad de fuentes renovables" y estipulaba que cada proyecto de microtarifas reguladas (microTR) de energía eólica, solar fotovoltaica y solar debía contener un porcentaje de contenido nacional.[14] Los objetivos fundamentales del Programa de tarifas reguladas son "aumentar la capacidad de suministro de energía renovable para garantizar una generación suficiente y reducir las emisiones" e "introducir un método de adquisición más simple y desarrollar la capacidad de generación a partir de fuentes de energía renovables". La Directiva Ministerial estipula las tecnologías que pueden acogerse al programa y establece el proceso para determinar los precios, la duración de los contratos y prescripciones específicas que deben figurar en el Reglamento y el contrato de tarifas reguladas.

21. El OPA aplica el Reglamento de tarifas reguladas y la Directiva Ministerial mediante "acuerdos de compra de energía" con los productores, en virtud de la facultad que le confiere la Directiva Ministerial y de la facultad de adquirir electricidad que le otorga el artículo 25.2(5) de la *Ley de electricidad de 1998.* Pueden acogerse al Programa de tarifas reguladas los productores de electricidad de origen solar, eólico, hidráulico y bioenergético.[15] Las prescripciones sobre contenido nacional afectan únicamente a los proyectos energía solar y proyectos de energía eólica de más de 10 kilovatios.

22. En virtud de los contratos de tarifas reguladas, los productores de energía solar y eólica obtienen precios fijos, de conformidad con la Lista de precios de tarifas reguladas, durante 20 años. Las prescripciones en materia de contenido nacional figuran en el anexo D (Plantilla de contenido nacional) del contrato de tarifa regulada. Como sucede en Ontario con el resto de la electricidad sujeta a precios regulados y la adquirida a productores, los contratos de tarifas reguladas prevén

[14] Respuesta a la pregunta 32 (primera serie): El Programa de tarifas reguladas se elaboró en consonancia con los objetivos de la Ley sobre energía verde de 2009. No hay prescripciones funcionales o técnicas que sirvan de base a las prescripciones en materia de contenido nacional.

[15] Respuesta a la pregunta 41 (primera serie): El OPA está facultado para rechazar solicitudes de incorporación al Programa de tarifas reguladas o al Programa de microtarifas reguladas aunque esas solicitudes puedan satisfacer las condiciones pertinentes. Esa facultad se establece en el artículo 12.2(c) del Reglamento de tarifas reguladas y el artículo 6.1(e) del Reglamento de microtarifas reguladas.

precios que son superiores al HOEP, con objeto de aportar los ingresos adicionales que se necesitan para pagar costos que son superiores. El importe de esos pagos suplementarios se recupera mediante el cargo de ajuste global, una cantidad que se cobra a los clientes en proporción al consumo total y al tipo de consumidor.[16]

C. ARGUMENTOS JURÍDICOS

23. Las alegaciones del Japón de que el Canadá ha infringido el GATT, el Acuerdo sobre las MIC y el Acuerdo SMC son infundadas debido a las siguientes razones: i) la prescripción en materia de contenido nacional está comprendida en el ámbito del párrafo 8 a) del artículo III del GATT, por lo que no que está sujeta al artículo III del GATT; ii) dado que la prescripción en materia de contenido nacional no está sujeta al artículo III, no puede ser incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC; iii) el Grupo Especial no tiene jurisdicción con respecto a la alegación formulada al amparo del Acuerdo SMC, debido al carácter deficiente de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón; iv) subsidiariamente, el Gobierno de Ontario no transfiere fondos ni proporciona ninguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los

[16] Respuestas a la pregunta 30 (primera serie); y la pregunta 3 (segunda serie): El sistema de generación, transmisión y distribución de electricidad de Ontario es un sistema financiero cerrado. Todos los costos se recuperan de los abonados mediante las tasas o los cargos cobrados en concepto de ajuste global. No se transfieren fondos al OPA, la OEB o la IESO con cargo a los ingresos consolidados.

En enero de 2005 el Gobierno de Ontario introdujo el mecanismo de "prestación provincial", en parte para cubrir el costo de los contratos con los NUG. Posteriormente, ese mecanismo pasó a denominarse "ajuste global".

Respuestas a la pregunta 39 (primera serie); y las preguntas 4 y 8 (segunda serie): La IESO paga la parte del pago al productor acogido al Programa de tarifas reguladas correspondiente al HOEP, mientras que el OPA paga el resto mediante el ajuste global. La empresa de distribución local actúa como agente del OPA al hacer los pagos a los productores conectados para distribución previstos en los contratos de tarifas reguladas utilizando fondos percibidos de los consumidores en concepto de HOEP y ajuste global. Los procesos de liquidación se describen en el artículo 8 del Reglamento de tarifas reguladas (Procedimiento de liquidación) y el anexo B del Contrato de tarifas reguladas. Se aplica en general el mismo proceso de liquidación a todos los productores que tienen contratos con el OPA, sea cual sea la tecnología. Los productores conectados para transmisión reciben de la IESO los pagos del HOEP, y del OPA, mediante el ajuste global, el resto del pago. Los productores conectados para distribución reciben los pagos a través de la empresa de distribución local. Sin embargo, en el caso de los productores acogidos al programa RES en virtud de contratos con el OPA, éste hace directamente el pago íntegro a los titulares de contratos RES I y RES II. Los titulares de contratos RES III perciben de la IESO el componente correspondiente al HOEP y del OPA la cuantía restante. La OEB no tiene contrato con ningún productor.

Todos los contratos del OPA, incluidos los de tarifas reguladas y microtarifas reguladas, sirven al mismo objetivo básico: garantizar una fuente segura y fiable de electricidad para Ontario a partir de fuentes limpias. Por lo general, los productores de energía independientes que tienen contratos con el OPA perciben tarifas que varían según la tecnología y las condiciones contractuales. Las tarifas para los proyectos eólicos acogidos al proceso de solicitud de propuestas del RES están comprendidas entre 0,08 y 0,11 dólares/kWh. Esos proyectos aportan una capacidad muy inferior a la aportada por los proyectos eólicos acogidos al FIT, que perciben 0,135 dólares/kWh. La remuneración de los productores con contratos de generación a partir de gas varía con arreglo al contrato. En los contratos de suministro de energía limpia se estipulan tarifas basadas en las pujas de menor costo aceptadas. En otros contratos para centrales de gas se estipulan tarifas basadas en negociaciones bilaterales. Los contratos para generación a partir de gas están formulados de modo que se garantice que los productores puedan cubrir los costos del combustible con independencia de las fluctuaciones de los precios del gas natural. Aunque las prescripciones en materia de conexión a la red son similares para cada tecnología, los proyectos más grandes tienen que satisfacer un conjunto de prescripciones más amplio.

Respuesta a la pregunta 40 (primera serie): La empresa de distribución local actúa como agente del OPA al hacer los pagos contractuales a los productores acogidos al Programa de microtarifas reguladas. El procedimiento de liquidación se describe en el artículo 4.4 del Contrato de microtarifas reguladas y el artículo 5.2 del Reglamento de microtarifas reguladas.

precios en el sentido del Acuerdo SMC, sino que compra electricidad; y v) el Japón no ha demostrado que el precio que el Gobierno paga por la energía renovable en virtud del Programa de tarifas reguladas otorgue un beneficio en el sentido del Acuerdo SMC.

1. El Programa de tarifas reguladas no está sujeto al artículo III del GATT

24. Determinadas adquisiciones realizadas por organismos gubernamentales no están sujetas al artículo III del GATT. En la fase de redacción de esa disposición, algunas partes trataron de que las obligaciones que establece se aplicaran de manera general a las compras gubernamentales. Sin embargo, esa propuesta de extender expresamente la obligación de trato nacional a las compras gubernamentales fue rechazada. En lugar de ello, se excluyeron del ámbito de aplicación del trato nacional determinadas adquisiciones realizadas por organismos gubernamentales, en virtud de lo que posteriormente pasó a ser el párrafo 8 a) del artículo III.[17] Esta disposición establece lo siguiente:

> Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

25. El párrafo 8 a) del artículo III preserva la flexibilidad que permite a los gobiernos perseguir objetivos de política pública mediante sus adquisiciones. Como ha explicado el Ministerio de Economía, Comercio e Industria del Japón:

> El párrafo 8 a) del artículo III del GATT permite que los gobiernos compren preferentemente productos nacionales, haciendo de la adquisición por organismos gubernamentales una de las excepciones a la norma de trato nacional. Esta excepción se permite porque los Miembros de la OMC reconocen la función de la contratación pública en la política nacional. Por ejemplo, ... la contratación pública puede ... utilizarse como instrumento de política para fomentar las pequeñas empresas, la industria nacional o las tecnologías avanzadas.

26. Las leyes y prescripciones por las que se crea y aplica el Programa de tarifas reguladas -a saber, el artículo 25.35 de la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva Ministerial, y los Reglamentos y contratos de tarifas y microtarifas reguladas- satisfacen todos los elementos del párrafo 8 a) del artículo III. La *Ley de electricidad de 1988* es una ley, la Directiva Ministerial impone prescripciones al OPA para que establezca el programa, y los Reglamentos y contratos tipo de tarifas y microtarifas reguladas imponen prescripciones al OPA en relación con la aplicación del Programa. Además, esas leyes y prescripciones rigen la adquisición de electricidad renovable por el OPA.

27. El OPA es un organismo gubernamental que adquiere un producto[18]: electricidad renovable. Según el *Oxford English Dictionary*, un "*product*" (producto) es "[*a*]*n object produced by a particular*

[17] Respuesta a la pregunta 59 (primera serie): El párrafo 8 a) del artículo III tiene por objeto excluir del ámbito de aplicación del artículo III las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan determinadas adquisiciones. De este modo se garantiza que esas leyes, reglamentos y prescripciones no estén sujetas al artículo III y que los Miembros tengan libertad para imponer respecto de las adquisiciones pertinentes condiciones que, en otro caso, serían incompatibles con esa disposición.

[18] Respuesta a la pregunta 51 (segunda serie): La electricidad es un bien y un producto a efectos del Acuerdo SMC, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC.

action or process; the result of mental or physical work or effort" (un objeto producido por una determinada acción o proceso; el resultado de un trabajo o esfuerzo mental o físico). La electricidad renovable es un "objeto" de esa índole. En las referidas leyes y reglamentos también se declara expresamente que el OPA está "*procuring*" (adquiriendo) la electricidad y que el Programa de tarifas reguladas es un "*program for procurement*" (programa de *adquisición*) y que tiene por objeto *adquirir* energía de una amplia variedad de fuentes de energía renovables.

28. El sentido de corriente de "*procurement*" (adquisición) es "[*t*]*he action of obtaining something; acquisition* …" (acto de obtener algo; consecución ...) y "*purchase*" (comprar) es "*t*]*o acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy*" (obtener a cambio del pago de dinero o su equivalente; adquirir).[19] El OPA obtiene electricidad de fuentes renovables mediante su compra: paga dinero por la entrega de esa electricidad a la red de transmisión. En la Directiva Ministerial y los contratos se señala que el OPA está *comprando* electricidad en virtud de los contratos, que son "acuerdos de compra de energía".

29. Las leyes y prescripciones del Programa de tarifas reguladas *rigen* la adquisición de electricidad porque prescriben o regulan las compras del OPA. El sentido corriente de "*govern*" (regir) refrendado por el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* es "*control, regulate, or determine* […]" ("controlar, regular o determinar ...").

30. El sentido corriente de la expresión "*purchase for governmental purposes*" (compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos) es el de compra para cumplir un objetivo del gobierno. Pueden darse instrucciones para efectuar tales compras mediante legislación, reglamentos, políticas o directivas ejecutivas. La compra por el OPA de electricidad renovable promueve el objetivo del Gobierno de asegurar el suministro de electricidad suficiente y fiable procedente de fuentes limpias.

31. Además, esa compra no se hace para una reventa comercial, porque no es una compra que se haga con el fin de revender para obtener un beneficio. El sentido corriente de "*commercial*" ("comercial") refrendado por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios*, es "*interested in financial return rather than artistry; likely to make a profit* […]" ("[i]nteresado en el rendimiento financiero más que en consideraciones artísticas; probablemente rentable ...", mientras que "*with a view to*" ("para") significa "*with the aim of attaining* […]" (con el fin de obtener).[20] La compra por el OPA no se hace con el fin de revender para obtener un beneficio. De conformidad con el apartado 25.2 2) de la *Ley de electricidad de 1998*, el OPA no

---

Respuesta a la pregunta 53 (primera serie): La electricidad producida a partir de fuentes de electricidad renovables que son objeto de contratos de tarifas reguladas es el mismo producto que la producida a partir de todas las demás fuentes.

[19] Respuesta a la pregunta 56 (primera serie): La "adquisición" es sólo un elemento del párrafo 8 a) del artículo III. No hay nada que indique que las palabras que siguen a "adquisición" limiten su sentido corriente. Para estar comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición, la "adquisición" tiene que referirse a un "producto" que sea "comprado" por un "organismo gubernamental", y esa adquisición tiene que ser para "cubrir las necesidades de los poderes públicos". Una "compra" será siempre una "obtención" y, por consiguiente, será siempre una "adquisición" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III.

[20] Respuesta a la pregunta 48 (segunda serie): La estructura del párrafo 8 a) del artículo III indica que la palabra "comercial" se incluyó para asegurar que la compra de un producto quede comprendida dentro de su ámbito de aplicación cuando un organismo gubernamental quiera revender el producto en condiciones no comerciales para contribuir a alcanzar el fin gubernamental que motivó la compra. Esta interpretación es compatible con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). El AGCS circunscribe su ámbito de aplicación a las medidas que son "comerciales", y no "gubernamentales". La exclusión del ámbito de aplicación del AGCS de los "servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales" ilustra la importancia que tiene para los Miembros de la OMC preservar la flexibilidad en materia de políticas al acometer determinadas actividades "gubernamentales".

obtiene beneficio de la venta de electricidad; simplemente, se resarce de los costos de la compra. De forma similar, el OPA no compra electricidad renovable para utilizar ese producto en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial, ya que ni el OPA ni ningún otro organismo del Gobierno de Ontario utilizan la electricidad para fabricar productos.

2. La alegación del Japón al amparo del Acuerdo sobre las MIC

32. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC dispone lo siguiente: "Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994, ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994". Por consiguiente, el Programa de tarifas reguladas sólo puede infringir el párrafo 1 del artículo 2 si es incompatible con el artículo III del GATT. Dado que el Programa de tarifas reguladas no está sujeto a las obligaciones del artículo III, se sigue que no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.[21]

3. La alegación del Japón al amparo del Acuerdo SMC

33. El Grupo Especial no tiene jurisdicción para examinar esta alegación, porque la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón no cumplió, por lo que respecta al Acuerdo SMC, el párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), al no "ha[cer] una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad". En respuesta a la comunicación anterior del Canadá relativa a la jurisdicción, el Japón resumió su solicitud de establecimiento de un grupo especial y explicó por primera vez que la forma del beneficio es una "contribución financiera" o un "sostenimiento de los ingresos o de los precios", mediante la "fijación de precios garantizados a largo plazo" en "condiciones más ventajosas que las que se ofrecen en el mercado", y que los "receptores del beneficio son "instalaciones de generación de energía renovable que incluyan un porcentaje definido de contenido nacional".

34. Como el Órgano de Apelación confirmó en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, la respuesta del Japón no puede subsanar las deficiencias de su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Un Miembro reclamante no puede indicar "los fundamentos jurídicos de la alegación" basándose en "subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados", si no identifica con referencia al párrafo 1 a) del artículo 1 qué forma de subvención se ha otorgado. Al no identificar la forma de la subvención, quién la otorgó y quién se benefició de ella, ni tampoco la forma del beneficio otorgado, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón no satisfizo el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, por lo que el Grupo Especial no tiene jurisdicción para examinar la alegación de existencia de subvención.

[21] Respuesta a la pregunta 54 (primera serie): Lo que sostiene, al parecer, la Unión Europea es que, aunque las medidas que están comprendidas en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT no pueden infringir el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, los negociadores consideraron que las medidas enumeradas en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT. Esta tesis no es correcta. En primer lugar, es incompatible con el texto, ya que ni en ese párrafo ni en el Anexo se hace referencia a la compatibilidad de las medidas con el artículo III del GATT en su totalidad. En segundo lugar, la Unión Europea no aporta pruebas que respalden su interpretación de la intención de los negociadores. En tercer lugar, es incompatible con las demás disposiciones del Acuerdo sobre las MIC. Si la interpretación de la Unión Europea es correcta, la lista ilustrativa de MIC que son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT debe tener ese mismo efecto. Es decir, las MIC que en el Anexo se declaran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI tienen que quedar fuera del ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XI. Por ejemplo, en el Anexo se enumeran las medidas "que restrinjan la importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta ...". Una medida de esa naturaleza puede estar claramente comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 2 c) ii) del artículo XI.

Si se acepta la jurisdicción se menoscabará la prescripción de "indicar los fundamentos jurídicos de la reclamación" y se alentará a los Miembros reclamantes a obtener ventajas procedimentales esperando hasta la primera comunicación escrita para revelar los fundamentos jurídicos de su alegación.

35. Subsidiariamente, el Japón no ha demostrado la alegación que formula al amparo del Acuerdo SMC, por dos motivos. En primer lugar, ha caracterizado erróneamente la compra de bienes por el OPA al describirla como una "transferencia directa, o posiblemente directa", o "alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios". Como el Canadá ha demostrado *supra*, el OPA compra electricidad renovable[22] en virtud de acuerdos de compra de energía. Como declaró el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles,* si una transacción se caracteriza debidamente como compra, tiene que clasificarse como compra de bienes aunque entrañe una transferencia o una posible transferencia de fondos, ya que, de lo contrario, la expresión "compre bienes" del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 resultaría "redundante e inútil". Por consiguiente, la transferencia en este caso, es decir, el pago de la tarifa regulada a cambio de la producción y entrega de electricidad renovable, no puede alterar la caracterización correcta, que sigue siendo la de compra de bienes.

36. De manera similar, la caracterización subsidiaria del Japón, según la cual el Programa de tarifas reguladas constituye una forma de sostenimiento de los ingresos, es incompatible con el sentido corriente y el contexto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, así como con el razonamiento del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles.* Esa caracterización también haría que el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 resultara inútil.

37. En segundo lugar, el Japón no ha demostrado que el Programa de tarifas reguladas otorgue un "beneficio" a los productores de electricidad eólica y solar en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, ya que los cuatro puntos de referencia que propone y el cálculo del "valor actual de mercado" son términos de comparación inadecuados para evaluar un beneficio. Esos cuatro puntos de referencia son: el HOEP; determinados promedios de precios al por mayor de determinadas jurisdicciones distintas de Ontario (Alberta, Nueva York, Nueva Inglaterra y PJM Interconnection); un "promedio ponderado de precios al por mayor" correspondiente a todos los productores de Ontario distintos de los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas y al Programa de oferta normalizada de energía renovable (RESOP); y la parte de "cargo por la electricidad como producto básico" de las facturas de los abonados de Ontario.

38. La importancia de encontrar un término de comparación apropiado se puso de relieve en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, donde se declara que "[s]ólo se conferirá un 'beneficio' con una contribución financiera, si ésta *se realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor en el mercado*". Además, el contexto del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC describe las condiciones que tienen que considerarse al seleccionar un término de comparación, a saber: "la adecuación de la remuneración se determinará *en relación con las condiciones reinantes en el mercado ... en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta)*".

[22] Respuesta a la pregunta 23 (primera serie): Los hechos que demuestran que existen "productos comprados" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT, también contribuyen a demostrar que un gobierno "compra bienes" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Sin embargo, esas dos expresiones no son idénticas. Por consiguiente, la conclusión de que un gobierno no "compra" en el sentido del Acuerdo SMC no implica automáticamente que no existan "productos comprados" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III. Seguiría existiendo la posibilidad de que el Grupo Especial constatara que el OPA adquiere electricidad de conformidad con el párrafo 8 a) del artículo III.

39. La condición fundamental para la compra en el Programa de tarifas reguladas es que la electricidad se genere a partir de fuentes renovables. Dado que en ninguno de los puntos de referencia del Japón se tiene en cuenta esa condición, esos puntos de referencia son inadecuados. Su inadecuación se confirma por el hecho de que la estructura de costos y las condiciones de funcionamiento de las energías eólica y solar son diferentes de las de otras tecnologías de generación y tendrán una influencia en el precio al que el productor estará dispuesto a vender sus productos y el precio al que éstos efectivamente se venderán. Un punto de referencia que consista en tarifas que no cubrirían unos costos de producción razonables no puede ser adecuado. En ninguno de los puntos de referencia del Japón se ha tenido en cuenta la condición fundamental del Programa de tarifas reguladas.[23]

40. Como explicó el Profesor William Hogan, destacado economista especializado en el sector eléctrico, las instalaciones eólicas y solares tienen economías de escala mucho menores que las plantas nucleares, de carbón, de gas e hidroeléctricas. Los productores de energías no renovables utilizan tecnologías de mayor escala y pueden producir energía a un costo menor. Además, las instalaciones eólicas y solares producen energía durante un período del año mucho más corto que el de la mayoría de las instalaciones de energía no renovable. Las principales diferencias entre las tecnologías en cuanto a costos y características de funcionamiento se resumen en el cuadro 1 de este informe, elaborado por el Profesor Hogan.

41. En consecuencia, los términos de comparación propuestos por el Japón son inadecuados porque no reflejan la condición fundamental consistente en la compra de electricidad renovable. Sin embargo, hay otras razones por las que también son inadecuados los puntos de referencia propuestos. En primer lugar, el HOEP no cubre los costos de producción de los productores de electricidad no renovable.[24] En realidad, el 92% de los productores de Ontario percibe un precio

[23] Observación sobre la respuesta del Japón a la pregunta 28 (segunda serie): El Japón ha presentado dos nuevos precios que son superiores a los del Plan de precios regulados, en un intento de rehabilitar su punto de referencia basado en "la parte correspondiente al cargo por la electricidad como producto básico del precio al por menor de Ontario". No tiene en cuenta que esos precios son de electricidad como producto básico, y no son comparables a los de la electricidad eólica y solar. Por lo general, los usuarios finales pagarían un precio mayor que el del Plan de precios regulados si decidieran contratar con un minorista garantizando un cierto grado de certidumbre en cuanto al precio de una parte del producto (a saber, la parte HOEP) durante un período más largo que el ofrecido por el Plan de precios regulados.

[24] Respuesta a la pregunta 14 (segunda serie): La OEB no fija "tarifas de electricidad al por mayor" (HOEP). El HOEP se determina mediante el mecanismo de despacho de la IESO. La OEB fija las tarifas de varias entidades, incluidas las tarifas reguladas de la OPG. 14 a): Esas tarifas para la producción prescrita de la OPG permitirían a ésta reinvertir en sus instalaciones de manera que garantice la sostenibilidad a largo plazo de sus activos. 14 b): Al fijar esas tarifas, la OEB se guía por el marco establecido en el Reglamento 53/05 de Ontario. La OEB tiene en cuenta si se actuó con prudencia en el control de los costos de las instalaciones, la estructura de capital estimada (coeficiente de endeudamiento), el costo de la deuda, y la rentabilidad de los fondos propios. La OEB sigue los precedentes y jurisprudencia canadienses y estadounidenses habituales en materia de reglamentación de los servicios básicos en lo que respecta a la reglamentación del costo del servicio. Para contribuir a la recopilación de información, la OEB organiza interrogatorios y audiencias públicas en las que los colectivos interesados pueden presentar pruebas y se les pueden formular repreguntas.

14 c): El OPA puede imponer tasas y cargos por cualquier costo ocasionado al llevar a cabo actividades permitidas o exigidas por la Ley de electricidad de 1998. Las tarifas del OPA tienen que ser aprobadas por la OEB. Mediante esas tasas, el OPA cubre sus costos de personal y de consultoría.

Respuestas a las preguntas 26 y 27 (primera serie); y a las preguntas 12 y 15 (segunda serie): Los pagos a la OPG (por las instalaciones reguladas) se determinan de manera que se cubran los costos y se obtenga un margen de rendimiento. Éste se determina mediante una fórmula basada en las tasas de los bonos del Gobierno del Canadá y de empresas privadas y en una prima de riesgo. En 2011 el margen de rendimiento fue del 9,43%. Las instalaciones no reguladas, sin embargo, perciben únicamente el HOEP, ya que son instalaciones más antiguas cuyos costos de capital se han amortizado en gran parte. Algunas de las instalaciones

superior al HOEP, e incluso el Japón admite que las ofertas y pujas "no reflejan los precios que de hecho pagan los consumidores, ni las tarifas que de hecho perciben los productores, sino que operan como mecanismo de 'despacho' para determinar la cuantía del suministro y el HOEP". Además, los términos de comparación de otras jurisdicciones que propone el Japón reflejan precios de mercado al por mayor similares al HOEP, basados en los costos de la producción tradicional de electricidad no renovable. Por lo tanto, son inadecuados por las mismas razones. Esos términos de comparación no guardan relación con la realidad de la producción de electricidad renovable en Ontario. Como el Japón ha reconocido, el Programa de tarifas reguladas "se hizo necesario para alentar la entrada en el mercado de productores de energía renovable, la mayoría de los cuales no habrían entrado en el mercado de no haber existido el Programa de tarifas reguladas".

42. En segundo lugar, ni el promedio ponderado de precios al por mayor ni el componente de "cargo por la electricidad como producto básico" del precio al por menor regulado por la OEB reflejan la condición fundamental para la compra al amparo del Programa de tarifas reguladas, a saber, que se genere energía renovable. Estos términos de comparación comprenden predominantemente tecnologías de producción de electricidad no renovable que no son comparables entre sí y que además gozan de significativas economías de escala, mayores factores de capacidad y menores costos hundidos y fijos. Además, el "cargo por la electricidad como producto básico" es un precio global correspondiente a toda la electricidad, por lo que refleja el predominio abrumador de la producción de energía no renovable. La electricidad renovable distinta de la hidroeléctrica representa actualmente tan sólo en torno al 4% de la capacidad de Ontario.

43. Por último, el cálculo del valor actual de mercado que hace el Japón está viciado, porque, una vez más, no tiene en cuenta la condición esencial para la compra, a saber, que ha de suministrarse electricidad *renovable*. Al utilizar el HOEP y el "cargo por la electricidad como producto básico" como lo que denomina "tarifa de mercado de la electricidad", el Japón no tiene en cuenta los significativos costos que soportan los productores de electricidad eólica y solar acogidos al Programa de tarifas reguladas, ni la necesidad de obtener un rendimiento razonable. Como el Profesor Hogan

---

de carbón de la OPG tienen un contrato con la OEFC en el que se dispone que la OPG recupere sus costos hasta el cierre de las instalaciones al final de 2014. Los pagos del OPA a la OPG respecto de una instalación de biomasa proyectada se basarán también en el principio de recuperación de los costos más un margen de rendimiento.

La OPG no presenta "perfiles de riesgos comerciales", ya que su financiación procede del Gobierno de Ontario. En 2011 la calificación crediticia otorgada por Standard & Poor a la OPG fue "A-". En lo que respecta a los productores independientes de energía, la tarifa, en el caso de los contratos adjudicados mediante concurso, son las pujas más bajas recibidas que satisfagan las condiciones exigidas. En el caso de los contratos de tarifas reguladas, la tarifa se basaba en la recuperación de costos más un margen. La tasa de rendimiento de los activos propios utilizada para calcular las tarifas de los contratos de tarifas reguladas en 2009 fue del 11%. En el caso de los contratos de energía fotovoltaica solar acogidos al RESOP, la tarifa estaba basada principalmente en la recuperación de los costos, mientras que en los otros contratos se basaba en las tarifas del RES. En las tarifas de los NUG no se prevé una determinada tasa de rendimiento, sino que las tarifas están vinculadas a las que pagan los grandes consumidores de energía.

La "fórmula del precio" no es la misma para todas las tecnologías, ya que algunos productores perciben tarifas reguladas y otros tarifas contractuales, en función del programa de adquisición pertinente y los objetivos de la adquisición. Por lo tanto, el cálculo del precio no tiene por objeto dar lugar a un trato preferencial. El principio general que rige las tarifas contractuales y las reguladas es permitir que los productores cubran sus costos y obtengan una tasa de rendimiento razonable.

Respuesta a la pregunta 17 (segunda serie): Los beneficios de los productores de electricidad variarán con arreglo su respectiva eficiencia. Por lo general, un productor puede obtener rendimientos superiores a los de otros si es capaz de reducir sus costos efectivos y/o aumentar su producción. Las variaciones de la rentabilidad en el curso de la vigencia de un contrato dependerán también de la eficiencia y la producción.

Respuesta a la pregunta 20 (segunda serie): El OPA no mantiene reservas de efectivo. Todo excedente de efectivo al final de un mes se aplica al pago de los gastos de explotación del mes siguiente.

ha demostrado, un inversor sólo financiará la construcción de *cualquier* instalación de generación nueva, si el valor descontado actual de los ingresos futuros previstos es superior al de la *totalidad* de los costos. El enfoque del Japón presupone que un inversor o productor estaría dispuesto a aceptar tarifas inferiores a sus costos de producción durante un período de 20 años. Ningún inversor que actúe racionalmente aceptaría esas pérdidas. Por consiguiente, el Japón no ha demostrado que el Programa de tarifas reguladas otorgue un beneficio ni que constituya una subvención prohibida.

44. Por las razones precedentes, el Canadá solicita que el Grupo Especial rechace las alegaciones del Japón y constate que el Canadá no ha actuado de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

II. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ EN EL ASUNTO DS426

45. La Unión Europea respalda sus alegaciones en gran medida reiterando los argumentos expuestos en la primera comunicación escrita presentada por el Japón en el asunto DS412. El Canadá demostró en su primera comunicación escrita en el asunto DS412 que esos argumentos eran infundados, por lo que incorpora a la presente dicha comunicación.

A. EL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS NO ESTÁ SUJETO AL ARTÍCULO III DEL GATT, DEBIDO A QUE ESTÁ COMPRENDIDO EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III

46. Por las razones expuestas en la primera comunicación escrita presentada por el Canadá en el asunto DS412, el Programa de tarifas reguladas es un programa de adquisición comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III. El hecho de que el OPA compra electricidad se confirma por el hecho de que paga el impuesto sobre las ventas respecto de los contratos de tarifa regulada.

47. La Unión Europea aduce que la función del OPA de facilitar la diversificación de las fuentes de suministro de electricidad mediante el fomento del uso de fuentes de energía más limpias no exige que se compre electricidad a los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. Sin embargo, la Unión Europea pasa por alto el hecho de que el OPA también está obligado a "apoyar ... el objetivo de garantizar un suministro de electricidad suficiente, fiable y seguro". Aunque es posible que "fomentar el uso de fuentes de energía más limpias" no exija la compra, ésa es la forma de fomentar ese objetivo que el Gobierno de Ontario ha elegido.

48. La Unión Europea aduce que el sentido que tiene la expresión "*for governmental purposes*" (para cubrir las necesidades de los poderes públicos) según el diccionario supondría que la adquisición se haga "por una razón de carácter gubernamental". Ello concuerda con la definición del Canadá, ya que las razones de carácter gubernamental también pueden definirse como los objetivos del gobierno. La Unión Europea aduce también que "*governmental purposes*" significa para "consumo, beneficio o uso" del gobierno, y se apoya en las versiones en español y francés del párrafo 8 a) del artículo III para concluir que ello significa que la compra es para cubrir las "necesidades" de los poderes públicos. Sin embargo, la Unión Europea no explica de qué manera esas compras para cubrir las "necesidades" de un gobierno son compras para consumo, beneficio o uso de ese gobierno. De hecho, puede interpretarse que las "necesidades" del gobierno son simplemente lo que se necesita para cumplir los objetivos del gobierno.[25] La Unión Europea se ha basado también en

[25] Respuesta a la pregunta 28 (primera serie): El texto inglés del párrafo 8 a) del artículo III del GATT confirma esa interpretación. En él no se hace referencia a la compra para cubrir "*needs*" (necesidades) del gobierno. Se hace referencia, en lugar de ello, a una compra para "*governmental purposes*". El sentido corriente de una compra para "*governmental purposes*" es el de una compra para los fines del gobierno. Dado

las Notas Generales del Canadá con respecto al Apéndice 1 del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). Ese contexto no es pertinente, porque las Notas no están comprendidas en ninguna de las categorías reconocidas en el párrafo 2) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esas Notas no se formularon en relación con la celebración del GATT y fueron redactadas exclusivamente por el Canadá en relación con un tratado celebrado decenios después del GATT entre partes diferentes. En las Notas del Canadá tan sólo se aclara el alcance de los compromisos que el Canadá contrae en virtud de un acuerdo diferente, el ACP. El Canadá no proponía en ellas un significado general de "adquisición", ni mucho menos el significado de esa expresión a los efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT.

49. Además, la referencia de la Unión Europea a la nota de antecedentes de la Secretaría de la OMC no respalda su interpretación de la expresión "*government purposes*" ("necesidades de los poderes públicos"). En la nota únicamente se observa que, inicialmente, las dos disposiciones se referían al mismo tipo de adquisición, pero no se dice nada de la intención final de los redactores. En realidad, en la Nota se pone de relieve que en último término los redactores no restringieron su alcance a las compras destinadas a "ser utilizadas por los poderes públicos".

50. La compra por el OPA no se hace para una posterior reventa comercial ni con el fin de revender para obtener un beneficio. Varias decisiones de la OMC confirman la centralidad del beneficio para determinar el sentido de "comercial", a saber, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* (Órgano de Apelación), a la que nos hemos referido *supra*; *China - Derechos de propiedad intelectual* (Grupo Especial), en la que se declaró que "[l]a característica distintiva de una actividad comercial es que se lleva a cabo para obtener un beneficio"; y *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano* (Grupo Especial), en la que se declaró que una empresa comercial del Estado que actúe con arreglo a "consideraciones de carácter comercial" debe tratar de comprar o vender en condiciones que sean "económicamente ventajosas".

51. Además, el ejemplo de un supermercado que vende productos con pérdidas, aducido por la Unión Europea, no respalda su interpretación de "comercial", ya que ese supermercado aún tiene la esperanza de obtener un beneficio de la venta de otros productos a clientes atraídos a ese "líder en pérdidas". Como explicó el Canadá en su primera comunicación escrita en el asunto DS412, la compra de electricidad no se hace "para la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", dado que su finalidad es garantizar una fuente de electricidad fiable y suficiente para la población de Ontario.

B. LA ALEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL ACUERDO SMC

52. El Grupo Especial no tiene jurisdicción para examinar esta alegación, porque la Unión Europea no indicó los fundamentos jurídicos de su alegación en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, como dispone el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. La Unión Europea no identificó el tipo de contribución financiera ni la forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, el beneficiario, o la forma en que se otorga un beneficio. El Canadá pide al Grupo Especial que constate que tanto la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea como la presentada por el Japón son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 6, y que se declare incompetente.

53. Subsidiariamente, la Unión Europea no demuestra que el Programa de tarifas reguladas sea incompatible con el Acuerdo SMC, por las razones que se expusieron en la primera comunicación escrita presentada por el Canadá en el asunto DS412 (resumidas *supra*).

---

que los textos francés y español pueden leerse de forma compatible con esta interpretación, como se ha explicado *supra*, ésta ha de ser la interpretación correcta de esa expresión.

54. La Unión Europea ha adoptado la caracterización errónea que hace el Japón de la compra por el OPA, aunque sugiere que lo que constituye los fondos que se transfieren directamente es únicamente la diferencia entre el HOEP y la tarifa regulada. Sin embargo, separar los pagos del HOEP no transforma estas "compras de bienes" en "transferencias directas de fondos".

55. Como declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV*, la "evaluación de la existencia de una contribución financiera supone el examen de la naturaleza de la transacción a través de la cual un gobierno transfiere algo dotado de valor económico". La atención debe centrarse en la *naturaleza* del conjunto de la transacción, no sólo en la manera en que se hacen los pagos.

56. El Órgano de Apelación reconoció que, además de las contribuciones monetarias enumeradas en los incisos i) y ii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, "también puede hacerse una contribución dotada de valor financiero *en especie*, mediante el suministro de bienes o servicios por los gobiernos, o a través de compras de los gobiernos". Las "contribuciones financieras" enumeradas en el inciso i) son todas ellas ejemplos de "contribuciones monetarias". Las enumeradas en el inciso iii) no entrañan una contribución monetaria en absoluto (suministro en especie de bienes o servicios), o no entrañan *simplemente* una contribución monetaria (compra de bienes). Lo que diferencia una simple contribución monetaria, como una "transferencia directa de fondos" de una "compra de bienes" es que esta última entraña una contribución monetaria realizada *a cambio de* un bien. En el caso que nos ocupa, la transacción del OPA con los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas entraña una contribución monetaria (pagos) realizada *a cambio de* electricidad -un bien-, y el OPA estipula que esa electricidad, una vez generada, se suministre al sistema. Por lo tanto, esa transacción se caracteriza debidamente como "compra de bienes" y no como transferencia de fondos.

57. La Unión Europea aduce también que la compra por el OPA constituye una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios". En su primera comunicación escrita en el asunto DS412, el Canadá demostró que esa interpretación haría que el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 resultara "redundante e inútil". Además, la Unión Europea ha interpretado erróneamente la expresión "un producto cualquiera" del artículo XVI del GATT en apoyo de su posición. La expresión "un producto cualquiera", en el artículo XVI, no hace referencia a los insumos no subvencionados. Hace más bien referencia a los productos a los que realmente afecta la subvención notificada. La Unión Europea alega que el OPA subvenciona electricidad renovable, no insumos. Por consiguiente, sería necesario que la Unión Europea demostrara que la supuesta subvención afecta al comercio de electricidad, no al de equipos.

58. La Unión Europea se apoya en los puntos de referencia propuestos por el Japón para determinar que se ha otorgado un beneficio a los productores de electricidad renovable. Alega que el HOEP lo establecen las fuerzas del mercado y que, por lo tanto, es un punto de referencia adecuado. Sin embargo, el Canadá ha demostrado, al responder a la primera comunicación escrita del Japón, que el HOEP no es un punto de referencia adecuado porque no refleja el costo de producir energía renovable.[26] A consecuencia de la restructuración de 2004, el mercado mayorista,

[26] Respuesta a la pregunta 55 (primera serie): Según las decisiones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV* y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC no califica de ninguna forma las condiciones de mercado que han de ser utilizadas como punto de referencia. Por lo tanto, el texto no hace referencia explícita a un mercado "puro", un mercado "no distorsionado por la intervención gubernamental", o un "valor justo de mercado". En consecuencia, el hecho de que exista una reglamentación gubernamental no necesariamente impide que en un análisis del beneficio se utilicen precios de una jurisdicción sujetos a esa reglamentación. El Órgano de Apelación también ha reconocido que, en circunstancias restringidas, por ejemplo cuando los precios están distorsionados por la posición de predominio del gobierno como proveedor de un bien, pueden utilizarse en un análisis de la adecuación de la remuneración puntos de referencia distintos de los precios privados en la

anteriormente competitivo, se transformó en un mecanismo encaminado principalmente a hacer posible que la IESO equilibrara físicamente la oferta y la demanda mediante instrucciones de despacho.

59. Por consiguiente, el mercado mayorista de la IESO es principalmente un mecanismo de despacho en el que la electricidad se ofrece a tarifas que no reflejan el verdadero costo de generación. Los verdaderos costos de generación para la mayoría de los productores se reflejan en las tarifas reguladas del OEB o en los contratos. Además, la electricidad generada por los productores TR de energía eólica y solar no es despachable, es decir, esos productores no presentan ofertas en el mecanismo de mercado de la IESO. Por consiguiente, la electricidad que generan no afecta al HOEP. Esos productores, en lugar de presentar ofertas, facilitan a la IESO, con un día de antelación, estimaciones horarias del volumen de electricidad que prevén generar.

60. Por las razones expuestas *supra*, el Canadá solicita que el Grupo Especial rechace las alegaciones de la Unión Europea. El Canadá también solicita que el Grupo Especial constate que no tiene jurisdicción con respecto a la alegación formulada al amparo del Acuerdo SMC.

III. DECLARACIÓN INICIAL DEL CANADÁ EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT

61. Cinco hechos prueban que el OPA compra energía renovable. En primer lugar, el OPA sólo paga dinero a cambio de la electricidad renovable que se ha producido. El párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 4 del artículo 1 del anexo B del Contrato de tarifas reguladas demuestran que el OPA paga a los productores únicamente la electricidad que entregan a la red.[27] En segundo lugar, el OPA adquiere

---

jurisdicción pertinente. Se sigue que, cuando los precios están distorsionados por la posición de predominio del gobierno en tanto que comprador de un bien, pueden utilizarse puntos de referencia alternativos. Sin embargo, el Órgano de Apelación también ha advertido de que, cualquiera sea la alternativa elegida, debe guardar relación con las condiciones reinantes en el mercado de ese país y reflejar las condiciones de precio, calidad, comerciabilidad y demás condiciones de compra o de venta, como exige el apartado d) del artículo 14. En opinión del Canadá, no es posible determinar en abstracto un "punto" en el que la intervención de un gobierno en un mercado prive a éste de su capacidad de fijar los precios a efectos de un análisis del beneficio. Esa determinación tiene que hacerse individualmente respecto de cada caso.

Respuesta a la pregunta 57 (primera serie): 57 a): Un análisis del "beneficio" debe comenzar por un examen del "mercado" y un esfuerzo por identificar un término de comparación apropiado. Sin embargo, puede haber situaciones en que no pueda aplicarse "estrictamente" un criterio basado en el mercado. A este respecto, el punto de partida, al determinar la adecuación de la remuneración, son los precios a que los compradores privados compran los bienes en cuestión en condiciones de plena competencia en el país de adquisición (*Estados Unidos - Madera blanda IV*). Sin embargo, pueden utilizarse puntos de referencia alternativos, que "pueden ser valores representativos que tengan en cuenta los precios de bienes similares cotizados en los mercados mundiales, o valores construidos sobre la base del costo de producción".

57 b): La estructura del artículo 14 del Acuerdo SMC implica que el beneficio puede determinarse de formas diferentes teniendo en cuenta el tipo de contribución financiera. Aunque los principios subyacentes deben ser similares, en el artículo 14 se reconoce que existe cierta flexibilidad para adaptar el análisis del beneficio al tipo de "contribución financiera" de que se trate. Además, el tipo de producto en cuestión puede exigir que la determinación del beneficio se lleve a cabo de forma diferente, ya que la naturaleza del producto puede, por sí misma, influir en las condiciones de mercado pertinentes. En este caso, por ejemplo, se trata de un bien singular, cuya producción y consumo exigen una regulación gubernamental para garantizar un suministro adecuado. Además, por su naturaleza física, la electricidad exige una planificación central debido a las limitaciones físicas derivadas de la necesidad de equilibrar constantemente la oferta y la demanda.

[27] Respuestas a la pregunta 17 (primera serie); y la pregunta 10 (segunda serie): La obligación establecida en la regla 6.3 del Reglamento de tarifas reguladas se aplica mediante los artículos 3.1 y 1.4 del

el derecho de percibir ingresos futuros, así como productos secundarios de la producción de energía renovable, como demuestra el párrafo 10 a) del artículo 2 del Contrato de tarifas reguladas.[28] En tercer lugar, el OPA paga el impuesto sobre las ventas respecto de los pagos a los productores, como demuestra el párrafo 5 del artículo 3 del Contrato de tarifas reguladas.[29] En cuarto lugar, en los contratos se declara que el OPA compra electricidad[30] en las definiciones, los párrafos 4 y 5 del artículo 3 y el apéndice A del Contrato de tarifas reguladas, y el párrafo 1 del artículo 2 del Contrato de microtarifas reguladas.[31] En quinto lugar, en otras disposiciones legales y documentos del OPA se

---

anexo B del Contrato de tarifas reguladas. En la práctica, el OPA satisface las 'obligaciones de pago' a que se hace referencia en la regla 6.3(a) calculando cada mes la cuantía de las obligaciones que contrae en virtud de los contratos de tarifas reguladas. Comunica esa información a la IESO, que utiliza esa cuantía, junto con las correspondientes a los demás acuerdos de compra de energía del OPA y la OEFC, para calcular el ajuste global. Ese ajuste global se incluye en la factura mensual de electricidad que pagan los hogares y empresas, normalmente a una empresa de distribución local. Ésta retiene el cargo por distribución y envía el resto a la IESO, que extrae el ajuste global y lo envía al OPA. El OPA aplica el ajuste global al pago de las obligaciones que contrae en virtud de sus acuerdos de compra de energía. Los anexos B3A y B3B del Contrato de tarifas reguladas guardan ambos relación con los proyectos conectados para distribución.

Respuesta a la pregunta 9 (primera serie): El Canadá no está de acuerdo con la nota 69 de la primera comunicación escrita de la Unión Europea. El Gobierno de Ontario (que es el Gobierno "A" en el ejemplo de la Unión Europea) no "ordena" a ninguna empresa que venda cosa alguna. El Gobierno, por medio del OPA, suscribe un contrato en virtud del cual acuerda comprar electricidad, que el proveedor inyecta en la red.

[28] Respuesta a la pregunta 18 (primera serie): La regla 7.3(c) del Reglamento de tarifas reguladas hace referencia a la compra por el OPA de ingresos derivados de productos conexos contractuales futuros. Mediante el Contrato de tarifas reguladas, el OPA adquiere el 80% de los ingresos derivados de cualquier producto conexo contractual futuro. Además, también adquiere atributos medioambientales. Ello contribuye a demostrar que el OPA está comprando la electricidad renovable.

Respuesta a la pregunta 2 (primera serie): Esta disposición hace referencia a los atributos medioambientales, que se definen como los "intereses o derechos derivados de atributos ... asociados a una Instalación de Generación Renovable". En virtud del pago que hace a los proveedores, el OPA adquiere productos secundarios; por ejemplo, créditos de carbono.

[29] Respuesta a la pregunta 11 (segunda serie): En el Contrato de microtarifas reguladas no hay ninguna disposición relativa a la obligación de pagar el impuesto sobre las ventas. Ello se debe a que el OPA previó que los proveedores acogidos al programa de microtarifas reguladas reunirían las condiciones para la exención fiscal de la obligación de cobrar y recaudar el impuesto sobre las ventas, a la que pueden acogerse aquellos cuyos ingresos sean inferiores a 30.000 dólares al año.

[30] Respuesta a la pregunta 25 (segunda serie): Los contratos de tarifas reguladas prevén la compra de electricidad. Como todo contrato de compra, contienen disposiciones para garantizar que la mercancía satisfaga las necesidades del comprador, a saber, que la electricidad suministrada ayude a cumplir el objetivo de Ontario de lograr un suministro de electricidad seguro. A tal fin, el contrato dispone el pago de la electricidad que se inyecta a la red. Impone condiciones en relación con el diseño y la construcción de las instalaciones, por razones de seguridad y de compatibilidad con la red. Las disposiciones del contrato relativas a los seguros contribuyen a garantizar que las instalaciones efectivamente se construyan. Los derechos de los prestamistas y las disposiciones sobre las renegociaciones contribuyen a garantizar que la instalación se mantenga en funcionamiento. Incluso si los contratos de tarifas reguladas fueran más que simples contratos de compra (lo que no son), en la medida en que el contrato no transforme la naturaleza de la transacción en una de las otras formas de "contribución financiera" identificadas en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, la transacción será una transacción de compra de bienes por el gobierno. Ninguna de las "facetas" identificadas por el Grupo Especial en su pregunta transforma la naturaleza de la transacción.

Observaciones sobre la respuesta del Japón a la pregunta 25 (segunda serie): El Japón aduce que "el OPA promete pagar ... [una] tarifa que garantice la recuperación de los costos más un rendimiento razonable de la inversión durante un período de 20 años"; sin embargo, lo que se garantiza es el precio, no la recuperación de los costos ni una tasa de rendimiento razonable. La eficiencia de los productores determina si cubren sus costos y obtienen una tasa de rendimiento razonable. Es posible que un productor ineficiente no pueda cubrir sus costos.

[31] Véase la respuesta a la pregunta 1 (primera serie).

reconoce que éste "adquiere" y "compra" electricidad, como se señala en la *Ley de electricidad de 1998*, la Directiva Ministerial y el Código de liquidación por suministro minorista.

62. El Japón se apoyó también en la decisión del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar*. Sin embargo, en ese asunto el Grupo Especial abordaba el sentido de una expresión diferente -"*government procurement*" ("contratación pública")- y un tratado diferente, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Ronda de Tokio. Ese Grupo Especial no analizaba el sentido de "*procurement*" ("adquisición") en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT.

63. El Japón aduce que el OPA no compra electricidad, porque los productores la suministran directamente a la red. Sin embargo, la electricidad es un producto singular, ya que no puede ser almacenado y se consume casi al mismo tiempo que se produce. Por lo tanto, no sería útil tratar de determinar la propiedad atendiendo a la posesión física. Además, la posesión de un objeto no es una condición para su compra, como demuestra, por ejemplo, la compra de un libro por Internet por alguien que paga con tarjeta de crédito e indica a Amazon que entregue el libro a otra persona. Otro ejemplo es la compra de productos en tránsito mediante conocimientos de embarque.

64. El ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III no se circunscribe a la compra de productos que sean objeto de una alegación de infracción del artículo III. Ello se debe a que los redactores del GATT no incluyeron límites específicos de esa naturaleza, tales como las obligaciones que impone el ACP. El artículo XVI del ACP prohíbe la imposición de "compensaciones" (es decir, "medidas aplicadas para fomentar el desarrollo del país o mejorar la situación de la cuentas de su balanza de pagos mediante prescripciones relativas al contenido nacional ..."). El ACP prohíbe esas compensaciones. Los firmantes del ACP no habrían necesitado prohibir las compensaciones si el GATT ya las hubiera prohibido.[32] No habría tenido sentido.

65. El Japón y la Unión Europea han aducido que la compra por el OPA no está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, ya que se realiza para una posterior reventa comercial. En respuesta, el Canadá señala lo siguiente. En primer lugar, la electricidad renovable que compra el OPA no se "revende", sino que se suma a electricidad de otras fuentes y se pone a disposición para su consumo. En segundo lugar, el OPA no compra con el fin de obtener beneficio alguno. En tercer lugar, aunque la Unión Europea se apoya en la versión en francés del párrafo 8 a) del artículo III, en la que se emplea la expresión "*revendus dans le commerce*" (revendidos en el comercio), el texto francés puede interpretarse como una referencia a una reventa para obtener un beneficio. El término "*commerce*" (comercio) puede definirse como "*opération ayant pour objet de mettre les divers produits* […] *à la portée des consommateurs et des clients, à l'effet d'en tirer un profit*" (operación que tiene por objeto poner los distintos productos ... al alcance de los consumidores y clientes, con el fin de obtener de esa forma un beneficio). Los términos elegidos en las versiones en inglés y español, "*commercial resale*" y "reventa comercial", en lugar de "*resale in commerce*" (reventa en el comercio), confirman esta interpretación.[33]

[32] Respuesta a la pregunta 22 (primera serie): Los Miembros de la OMC disponen de un medio para aceptar disciplinas respecto de las condiciones que imponen a los insumos, a saber, el ACP, no el GATT. Además, el párrafo 2 del artículo XVI del ACP permite a los países en desarrollo negociar exenciones de las disciplinas sobre compensaciones. Esa disposición no tendría sentido si tuvieran que asumir esas disciplinas en virtud del GATT. La Profesora Sue Arrowsmith explica que es práctica común de los gobiernos exigir que las empresas privadas compren productos nacionales, como condición para acceder a contratos gubernamentales. Por lo general, tales medidas se denominan "compensaciones". Cuando esas compensaciones guardan relación únicamente con los trabajos realizados con motivo del contrato gubernamental, es evidente que se trata de medidas que rigen la contratación y están excluidas de la norma de trato nacional.

[33] Respuesta a la pregunta 25 (primera serie): En ningún caso la "falta de pureza" de las condiciones de un mercado determina directamente si una reventa en ese mercado es "comercial". Lo que determina

66. Las compras realizadas para una posterior reventa fuera del gobierno destinada a resarcirse de los costos están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, porque esa reventa podría ser necesaria para cubrir las necesidades de los poderes públicos para las que se compró el producto.

67. Por último, la compra de electricidad renovable por el OPA no se hace "para producir mercancías destinadas a la venta comercial". Una compra sólo quedará fuera del ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III si se hace "para" utilizar el producto en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Una compra no queda fuera del ámbito de aplicación de la disposición por el mero hecho de que el producto se utilice en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. La electricidad renovable se compra, sin embargo, para garantizar un suministro fiable y suficiente de electricidad. No se compra para destinarla al uso que puedan darle determinados consumidores.

B. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL ACUERDO SMC

68. El Canadá centra sus comunicaciones en dos puntos fundamentales. En primer lugar, aunque los reclamantes reiteren su caracterización errónea de la naturaleza de la transacción, mediante el Programa de tarifas reguladas el OPA compra electricidad renovable. En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, el Órgano de Apelación caracterizó la "transferencia directa de fondos" como "... una acción que conlleva el traspaso de fondos del gobierno al receptor", entendiéndose por "fondos" "no sólo el dinero sino también los recursos financieros y otros derechos financieros en términos más generales". En cambio, caracterizó la "compra de bienes" como la situación en que "... los bienes son proporcionados *al* gobierno por el receptor ...". El Órgano de Apelación señaló que normalmente se entiende que "compra" significa que la persona o entidad que proporciona los bienes recibirá a cambio alguna remuneración".[34]

69. El Órgano de Apelación también ha observado, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, que la "serie de medidas gubernamentales susceptibles de otorgar una subvención *se amplía aún más* con el concepto de 'sostenimiento de los ingresos o de los precios' ...".[35]

---

directamente si lo es o no es el hecho de que la intención del revendedor sea obtener un beneficio. No obstante, puede haber circunstancias en que la regulación de un mercado ayude a demostrar que se proporciona bienestar a los consumidores y, por consiguiente, a indicar que el producto se compró con el fin de asegurar que esté disponible para su consumo por los consumidores, y no con el de obtener un beneficio de su reventa. La regulación del entorno en el que tiene lugar una transacción no afecta al hecho de que esa transacción sea una compra en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT o del Acuerdo SMC. El hecho de que se trate de una "compra" depende de que haya o no una "adquisición" a cambio de un "pago".

[34] Véase la respuesta a la pregunta 19 (primera serie).

[35] Respuesta a la pregunta 58 (primera serie): 58 a): Sea cual sea el sentido exacto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios", este concepto no está abarcado por el de "contribución financiera". Los párrafos 1 a) 1) y 1) a) 2) del artículo 1 están separados por la disyuntiva "o", que indica que las "contribuciones financieras" se distinguen del "sostenimiento de los ingresos o de los precios". El hecho de que en el párrafo 1 a) 2) del artículo 1 se haga referencia al artículo XVI de GATT significa que el tipo de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" reflejado en el Acuerdo SMC es el tipo de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" que se notifica de conformidad con el artículo XVI.

58 b): Los aranceles sobre las importaciones agrícolas, como cualquier arancel de importación, pueden otorgar beneficios a los productores de mercancías, pero no deben tratarse como subvenciones. Como declaró el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, no toda medida gubernamental que pueda otorgar un beneficio -por ejemplo, los aranceles de importación- debe ser considerada subvención. En lo que concierne a lo que distingue esa actuación gubernamental de un "sostenimiento de los ingresos o de los precios", es preciso centrarse en la naturaleza de la medida. Cuando las compras gubernamentales sostienen los precios de un producto, esa actuación puede caracterizarse como sostenimiento

70. Así pues, los métodos por los que un gobierno puede transferir un valor económico se diferencian por sus cualidades inherentes. Las "transferencias directas de fondos" son transacciones "mediante la[s] cual[es] se ponen a disposición de un receptor dinero, recursos financieros y/o derechos financieros". Las formas de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" entrañan transacciones que consisten en el sostenimiento de los ingresos o los precios correspondientes a un determinado artículo. Sin embargo, en las "compras" gubernamentales el pago se hace "como contrapartida" del suministro de un bien.

71. En segundo lugar, debe atenderse al *conjunto* de la transacción para determinar la *naturaleza* esencial de ésta. Como se ha mostrado antes, la *naturaleza* de la transacción que realiza el OPA consiste en que los pagos se efectúan *como contrapartida* del suministro de electricidad renovable.

72. Los reclamantes no han demostrado que las compras por el OPA otorguen un beneficio. De conformidad con el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, no se otorga un beneficio a menos que "la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada", "en relación con las condiciones reinantes en el mercado para el bien … de que se trate en el país … de compra". Como se reconoció en el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles,* "encontrar un término de comparación apropiado" es esencial para llevar a cabo esa determinación. Por consiguiente, el Grupo Especial tiene que encontrar un punto de referencia que se centre específicamente en las condiciones de intercambio de la electricidad eólica y solar, ya que la medida en litigio afecta únicamente a esas compras del OPA. Ni el Japón ni la Unión Europea han identificado tales puntos de referencia.

73. En lugar de ello, los reclamantes se han centrado en puntos de referencia correspondientes a la electricidad no renovable. Ello puede deberse a que, para el usuario final, toda la electricidad es la misma. Aunque es cierto que los consumidores finales no pueden distinguir el tipo de electricidad que consumen, sus opiniones carecen de pertinencia. Cualquier análisis del beneficio ha de centrarse en los supuestos receptores del beneficio, es decir, en los productores de energía eólica y solar.

74. A juicio de Ontario, que es el comprador en cuestión, la forma en que se produce la electricidad es una condición esencial de la compra, ya que la finalidad de esa condición es ayudar a alcanzar el objetivo de garantizar un suministro seguro de energía limpia. El Grupo Especial tiene que examinar el comportamiento de los productores de energía eólica y solar y el de los compradores de electricidad eólica y solar, en relación con las condiciones de la oferta y la demanda en Ontario.

75. El HOEP es un punto de referencia inadecuado por las razones que el Canadá ha explicado en sus primeras comunicaciones escritas. El mecanismo de mercado de la IESO no es el clásico mercado competitivo en el que concurren la oferta y la demanda. Además, aunque es cierto que el 8% de los productores de Ontario perciben sólo el HOEP, ello se debe únicamente a que esos productores son instalaciones que anteriormente eran de propiedad estatal, cuyos costos de capital se han amortizado en gran parte, y que, en el caso de las instalaciones de carbón, habrán cerrado a finales de 2014. Para el 92% de los productores el HOEP no es un precio adecuado. Además, la mayoría de los usuarios de electricidad simplemente paga el precio que exige el sistema.

---

de los ingresos o de los precios si el sostenimiento reduce las importaciones de productos de la competencia o aumenta las exportaciones del producto que recibe apoyo. Sin embargo, no es eso lo que sucede en el caso del Programa de tarifas reguladas. La naturaleza de la compra que lleva a cabo el OPA es asegurar un suministro suficiente de electricidad procedente de fuentes limpias. Por lo que respecta a las prescripciones relativas al salario mínimo, el Canadá no considera que puedan sostener los precios, ya que presumiblemente añadirían costos a la producción de una mercancía.

58 c): Es probable que el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del Acuerdo SMC entrañe algún tipo de compromiso fiscal.

76. En resumen, el Japón y la Unión Europea no han presentado un punto de referencia apropiado, por lo que no han demostrado la existencia de una subvención. Por consiguiente, no puede constatarse que el Programa de tarifas reguladas infringe el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

IV. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA PRESENTADA POR EL CANADÁ EN LOS ASUNTOS DS412 Y DS426

77. En la primera audiencia se reforzó la idea de que el Programa de tarifas reguladas es un programa para la compra de electricidad renovable destinado a ayudar a garantizar un suministro suficiente y fiable de electricidad para los ciudadanos de Ontario a partir de fuentes limpias. También se reforzó la idea de que la compra por el Gobierno de electricidad renovable está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT.

78. En la primera audiencia, el Japón y la Unión Europea no probaron que el Programa de tarifas reguladas entrañe una "transferencia directa de fondos" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Lejos de ello, los reclamantes reiteraron una vez más las afirmaciones que hicieron en sus primeras comunicaciones escritas. El Japón y la Unión Europea tampoco satisficieron la carga de probar que el Programa de tarifas reguladas entraña una forma de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

79. Además, el Japón y la Unión Europea no probaron que el Programa de tarifas reguladas otorgue un "beneficio" a los proveedores acogidos al Programa, como exige el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

80. En lo que se refiere al orden del análisis en el presente asunto, el Canadá señaló, en respuesta a la pregunta 24 de la primera serie de preguntas del Grupo Especial, que, con arreglo a lo declarado por el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Banano III*, cuando parecen aplicarse a la medida en cuestión tanto el GATT de 1994 como otro Acuerdo del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC (por ejemplo, el Acuerdo SMC), la medida debe ser examinada sobre la base del acuerdo que "se ocupa específicamente y de forma detallada" de ella.

81. En el presente asunto, tanto el Japón como la Unión Europea han hecho grandes esfuerzos por dejar claro que lo que están impugnando en el Programa de tarifas reguladas y los contratos de tarifas reguladas son las prescripciones sobre contenido nacional. Al comienzo de su primera comunicación escrita, el Japón afirma lo siguiente:

> Por expresarlo con claridad, el Japón impugna el Programa de tarifas reguladas y los contratos de tarifas y microtarifas reguladas celebrados individualmente *no* porque tengan el efecto de fomentar la inversión en la generación de energía renovable, sino porque, a juzgar por la prescripción sobre contenido nacional, discriminan a las importaciones de equipo de generación de energía renovable, favoreciendo al equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario.

82. En una línea similar, la Unión Europea declara en su primera comunicación escrita:

> Están en litigio en la presente diferencia las prescripciones en materia de contenido nacional incluidas en el Programa de tarifas reguladas (incluido el Programa de microtarifas reguladas) promulgadas por el Gobierno de Ontario en 2009. La Unión Europea desea dejar claro que no plantea alegaciones contra otros elementos incluidos en el Programa de tarifas reguladas, ni cuestiona la finalidad general del Programa de tarifas reguladas, que es ayudar a fomentar el suministro de energía

> procedente de fuentes renovables. … Sin embargo, los Miembros de la OMC no pueden utilizar programas de tarifas reguladas para lograr otros fines que distorsionen el comercio, como la protección de sus ramas de producción nacional en detrimento de otras, mediante la inclusión de prescripciones sobre contenido nacional.

83. Queda claro, por lo tanto, que las prescripciones sobre contenido nacional y su efecto en las importaciones de equipo de generación de energía renovable procedente de estos dos países son un elemento central de las reclamaciones del Japón y de la Unión Europea. El acuerdo que se ocupa de manera más específica del trato dado a esos productos es el GATT, y más concretamente su artículo III. Por lo tanto, en el presente asunto, el análisis del Grupo Especial debería comenzar por el GATT.

A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT

84. El Canadá reitera que, como explicó en sus anteriores comunicaciones, el OPA compra electricidad renovable. El Japón y la Unión Europea han impugnado que el Canadá se apoye en descripciones de la compra y adquisición de electricidad por el OPA que figuran en la legislación y los documentos conexos que autorizan la compra por el OPA. En respuesta, el Canadá observa que se basa en la caracterización que hacen diversas entidades gubernamentales y privadas que no tienen ninguna relación con esta diferencia, ni incentivo alguno para formular una caracterización incorrecta. Además, varios Grupos Especiales de la OMC han reconocido la importancia de la descripción que un Miembro hace de su legislación. En *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, el Grupo Especial observó que un Miembro suele estar "bien situado para explicar el significado de su propia legislación".

85. El Japón aduce que "la obtención y el pago por el gobierno son, sin duda, aspectos del 'análisis de la adquisición', pero también lo son, y de manera esencial, el uso, consumo o beneficio del gobierno". Ninguna de las fuentes en que se apoya el Japón para respaldar esta definición de "adquisición" es idónea.

86. En lo que respecta al hecho de que el Japón se base en el asunto *Estados Unidos - Cartografía por sonar*, el Canadá observa que el Grupo Especial encargado de ese asunto no examinó el sentido del término "adquisición", ya sea en general o en el párrafo 8 a) del artículo III. Ese Grupo Especial subrayó, incluso, que no "preten[día] formular una definición de los contratos de suministro celebrados por una entidad pública por la adquisición de productos en el sentido del párrafo 1 a) del artículo I".

87. El Japón ha aducido que el término "*use*" (servir) en el párrafo 8 a) del artículo III muestra que esa disposición "prevé la consideración de la manera en que los productos son *utilizados*". En contra de lo que asevera el Japón, el término "*use*", al *final* del párrafo pone de relieve que los redactores no tenían intención de imponer la prescripción de que las compras gubernamentales comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III estuvieran destinadas a su uso por el gobierno. Aunque el Japón se apoya en observaciones de las Secretarías del GATT y de la OMC, esas observaciones no son fuentes válidas para interpretar el GATT. Además, las Secretarías no indican que la "adquisición por organismos gubernamentales" se *circunscriba* a las circunstancias descritas en el párrafo 2 del artículo XVII.[36] De hecho, la Secretaría declaró que "*inicialmente*,

[36] Respuesta a la pregunta 45 (segunda serie): Hay similitudes entre el párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII. Ambos limitan el alcance de las obligaciones establecidas en el GATT. En ambas disposiciones figura la palabra "*governmental*" y en ambas se hace referencia a "*products*", "*resale*" y "*use in the production of goods*". Sin embargo, hay diferencias significativas. El párrafo 8 a) del artículo III se aplica a "leyes, reglamentos y prescripciones", mientras que el párrafo 2 del artículo XVII se aplica a "las importaciones

de productos". Mientras que el párrafo 8 a) del artículo III hace referencia a "*products purchased*" ("productos comprados"), el párrafo 2 del artículo XVII se refiere a "*products for immediate or ultimate consumption*" ("productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente"). El párrafo 8 a) del artículo III hace referencia a "*products purchased for governmental purposes*" ("productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos"), mientras que el párrafo 2 del artículo XVII se refiere a "*consumption in governmental use*" ("utilizados ... por los poderes públicos"). El párrafo 8 a) del artículo III excluye de su ámbito de aplicación las compras realizadas "*with a view to*" ("para") "*commercial resale*" ("reventa comercial") o para "*use in the production of goods for commercial sale*" ("servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial"), mientras que el párrafo 2 del artículo XVII excluye de su ámbito de aplicación las compras de productos "*for*" ("para") "*resale or use in the production of goods for sale*" ("ser revendidos o utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta"). Mientras que en el párrafo 8 a) del artículo III se califican las palabras "*resale*" ("reventa") y "*sale*" ("venta") con el término "*commercial*" ("comercial"), en el párrafo 2 del artículo XVII no sucede lo mismo. El párrafo 2 del artículo XVII impone una obligación respecto de las importaciones abarcadas en su ámbito de aplicación -los Miembros "concederán un trato justo y equitativo al comercio de las demás partes contratantes"-, mientras que el párrafo 8 a) del artículo III no impone ninguna obligación. Por último, en el párrafo 8 a) del artículo III las primeras condiciones para la aplicación del párrafo se vinculan a las segundas condiciones con las palabras "*and not*" ("y no"), al establecerse lo siguiente: "[*t*]*he provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale* […]" ("[l]as disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos, y no para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial ..."). Sin embargo, en el párrafo 2 del artículo XVII, las condiciones se vinculan con las palabras "*and not otherwise*" ("y no"), al establecerse lo siguiente: "[*t*]*he provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply to imports of products for immediate or ultimate consumption in governmental use and not otherwise for resale* […]" ("[l]as disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, y no para ser revendidos ...").

El sentido corriente de "*otherwise*" es "*in circumstances different from those present or considered*" (en circunstancias distintas de las presentes o las consideradas). Su uso en el párrafo 2 del artículo XVII podría indicar que la importación de "productos .... para ser revendidos" es una circunstancia diferente de la importación de "productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos". Estas significativas diferencias en la estructura y la redacción del párrafo 2 del artículo XVII menoscaban su utilidad como contexto a efectos de la interpretación del párrafo 8 a) del artículo III. No obstante, cualquiera que sea el contexto que aporte ese párrafo, contribuye a demostrar que "*governmental purposes*" ("para cubrir las necesidades de los poderes públicos") en el párrafo 8 a) del artículo III no se circunscribe a "*consumption in governmental use*" ("destinados a ser utilizados ... por los poderes públicos"), sino que tiene un alcance más amplio. El párrafo 2 del artículo XVII también contribuye a demostrar que las condiciones del párrafo 8 a) del artículo III son acumulativas. La inclusión de la palabra "*otherwise*" en el párrafo 2 del artículo XVII pone de relieve que los redactores decidieron no incluir esa palabra en el párrafo 8 a) del artículo III. Al contrario, al vincular esas condiciones con la palabra "*and*" ("y"), los redactores indicaron que las condiciones son acumulativas: para estar comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, una compra tiene que hacerse para "cubrir las necesidades de los poderes públicos" y además "no para [una] reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

Dado que las condiciones del párrafo 8 a) del artículo III son acumulativas, una compra para "*governmental purposes*" tiene que poder ser también una compra "para [una] reventa comercial [o] para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", ya que, de no ser así, no tendría sentido incluir la condición de que la compra no tenga ese fin. Ello refuerza el argumento de que las compras para "*governmental purposes*" no pueden circunscribirse a las destinadas a ser utilizadas por los poderes públicos, como sugieren el Japón y la Unión Europea. Un organismo gubernamental no puede comprar un producto para utilizarlo y, al mismo tiempo, comprarlo para su reventa comercial o para que sirva a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. A la inversa, un organismo gubernamental puede comprar un producto para un objetivo del gobierno, pero también con miras a su reventa comercial o a su uso en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. (Por ejemplo, la Junta de Control de Bebidas Alcohólicas de Ontario compra alcohol para su reventa comercial al público, pero con el objetivo gubernamental de financiar la prestación de servicios públicos con los beneficios obtenidos de esa reventa.)

las dos disposiciones se referían al mismo tipo de contratación pública", pero no dice nada sobre la intención *última* de los redactores.

88. El Japón también trata de limitar el sentido de "adquisición" apoyándose en el objetivo del artículo III del GATT, a saber, "evitar el proteccionismo ...". Al hacerlo, el Japón no tiene en cuenta el objetivo del párrafo 8 a) del artículo III, que es brindar a los Miembros la posibilidad de perseguir políticas mediante sus adquisiciones, al margen de su obligación de trato nacional, como se reconoce en la declaración del Ministerio de Economía, Comercio e Industria del Japón relativa a esa disposición.

89. Cuando el Japón se apoya en la historia de la negociación, es decir, en una supuesta observación de la Secretaría de la OMC sobre "*purchases effected for governmental use*" (compras efectuadas para cubrir las necesidades de los poderes públicos), se basa en una declaración que el *Índice Analítico del GATT*, y a su vez la Secretaría, citan erróneamente. En el documento citado no se declara en realidad eso.

90. El Japón también citó de manera selectiva a John Jackson para respaldar su interpretación de las necesidades de los poderes públicos. Sin embargo, en las observaciones de Jackson en que se apoya el Japón no se hace referencia al sentido de "*governmental purposes*" ("necesidades de los poderes públicos"), sino a otro aspecto del párrafo 8 a) del artículo III.

91. Por último, el Japón no puede apoyarse en la historia de la negociación en relación con la propuesta de los Estados Unidos de ampliar la obligación de trato nacional, ya que esa propuesta fue rechazada.

92. Incluso si la interpretación de "adquisición" que hace el Japón es correcta, la compra por el OPA sigue estando abarcada por cada uno de los cuatro elementos de la interpretación del Japón. En primer lugar, el OPA "*paga*" por la electricidad. En segundo lugar, dado que "*beneficio*" significa "ventaja, provecho o bien", esa compra da lugar a una "ventaja" y un "bien" para el Gobierno de Ontario, porque ayuda a cumplir la política gubernamental de éste de garantizar un suministro suficiente y fiable de energía procedente de fuentes limpias. En tercer lugar, el OPA "*se procura*" y "*obtiene*" la electricidad mediante pago y estipulando que la electricidad ha de inyectarse en la red. El uso o posesión no es necesario, dado que con frecuencia los gobiernos se procuran y obtienen medicamentos que son utilizados por las personas enfermas. La declaración de la IESO de que no asume la titularidad sobre la energía no dice nada sobre la adquisición por el OPA. En cuarto lugar, el OPA y el Ministerio de Energía ejercen "*control*" sobre la obtención de la electricidad, porque deciden los términos de la compra, incluidos el precio y la duración del contrato, mientras que los consumidores únicamente obtienen electricidad del caudal mixto, mediante el uso que hacen de ella.

93. El Japón se apoya en la definición que da Australia de "*purpose*", a saber, "*practical advantage or use*" (ventaja o uso prácticos), pero no indica que Australia reconoció que ese sentido puede no ser tan común como el que cita el Canadá, y que el contexto de esa definición es específicamente la expresión "*to work to good purpose*" (trabajar alguien con provecho, resultar algo

---

Observación sobre la respuesta del Japón a la pregunta 45 (segunda serie): Aunque el Japón se apoya en la observación del Dr. Ping Wang de que las diferencias entre el párrafo 8 a) del artículo III y el párrafo 2 del artículo XVII no son sustanciales, la única fuente de esa declaración es una nota de conferencia no publicada de la Profesora Arrowsmith. Sin embargo, la Profesora Arrowsmith ha escrito que "las compras [de] libros para su distribución a bibliotecas públicas a un precio simbólico" están "comprendidas en la exclusión". Es evidente que un organismo gubernamental que compra libros para su distribución a bibliotecas públicas no compra los libros para uso propio. De manera similar, la Profesora Arrowsmith ha escrito que la compra de mercancías en el marco de la ayuda a un país extranjero está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III, aunque es el país extranjero el que consumirá las mercancías.

útil), que no es similar a la expresión "*governmental purposes*" ("necesidades de los poderes públicos").

94. En la definición del Japón tampoco se tiene en cuenta el contexto del párrafo 8 a) del artículo III. Además de excluir del alcance de esa disposición las compras realizadas "para … la producción de mercancías destinadas a la venta comercial", esa disposición excluye también las efectuadas "para [la] reventa comercial". Sin embargo, un gobierno no puede comprar un producto para "uso" o "consumo" suyo y, al mismo tiempo, "para su reventa comercial". Por lo tanto, si la compra se define como compra para "uso" o "consumo" del gobierno, se priva de todo efecto a la prescripción de que la compra no sea "para [la] reventa comercial".

95. El Japón y la Unión Europea afirman que interpretar que una compra destinada a "*governmental purposes*" ("cubrir las necesidades de los poderes públicos") es una compra para cumplir un objetivo del gobierno haría que la prescripción no tuviera límite alguno. Esa afirmación es errónea. En primer lugar, sólo las compras que pueda determinarse objetivamente que sirven a objetivos del gobierno serán compras para "cubrir las necesidades de los poderes públicos". En segundo lugar, el objetivo ha de poder determinarse antes de la compra.[37] En tercer lugar, la discriminación, por sí misma, no puede ser el objetivo de la compra. Interpretar que una finalidad discriminatoria es una "necesidad de los poderes públicos" implicaría que una compra podría estar comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III simplemente por ser incompatible con la obligación de trato nacional del párrafo 4 del artículo III. Por consiguiente, esa interpretación podría privar de efecto al párrafo 4 del artículo III.

96. Además, el Japón y la Unión Europea pasan por alto los límites que impone el ACP. Aunque una compra realizada para cumplir los objetivos del gobierno y que satisfaga las demás prescripciones del párrafo 8 a) del artículo III no está sujeta a las disciplinas del artículo III, sí lo estará a las del ACP si el Miembro ha optado por aceptarlas.

97. Incluso si una compra destinada a "cubrir las necesidades de los poderes públicos" no es una compra para cumplir los objetivos del gobierno, la compra de electricidad renovable por el OPA sigue siendo una compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos. La compra por el OPA está destinada a cubrir las necesidades de los poderes públicos, según la interpretación de esa expresión que hace el Brasil.

---

[37] Respuesta a la pregunta 47 (segunda serie): La prestación de servicios públicos es un objetivo de cualquier gobierno. El Grupo Especial puede distinguir entre los servicios públicos que deben considerarse comprendidos en el párrafo 8 a) del artículo III y los que no, distinguiendo entre los servicios que el gobierno identifica públicamente antes del momento de la compra como servicios que presta y los servicios que no presta. Así, la prestación de un suministro fiable y suficiente de electricidad a partir de fuentes limpias es un servicio público que está comprendido en el sentido de la expresión "*government purposes*", ya que el Gobierno de Ontario, mediante legislación promulgada antes del momento de la compra, lo identificó como un servicio público que prestaría.

Subsidiariamente, el Grupo Especial puede establecer una distinción objetiva con arreglo a un enfoque sugerido por el Brasil, conforme al cual la expresión "*governmental purpose*" abarca la prestación de servicios públicos que el Gobierno tiene el "deber constitucional o legal", de prestar. En lo que respecta a la "función específica que cumple un gobierno dado" en el "sector de su economía", el Gobierno de Ontario regula el sector de la electricidad y es propietario de muchas de las instalaciones de generación y de la mayor parte de la red de transmisión y distribución. El gobierno cumple esa función en virtud de la facultad que le confiere la Constitución canadiense. Con arreglo a la interpretación de la Unión Europea, la compra de electricidad mediante el Programa de tarifas reguladas también está destinada a un servicio público, ya que no es diferente de la compra por un gobierno de "fármacos para su uso en hospitales públicos y de libros para su uso por los alumnos en escuelas públicas".

98. El Brasil rechazó la afirmación de que una compra realizada para "cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT sea exclusivamente una compra para consumo del gobierno. Según el Brasil, esa interpretación "indicaría que la única necesidad del gobierno es prestar servicios que le permitan mantenerse y mantener el funcionamiento normal de su burocracia". Sin embargo, "la burocracia estatal es sólo un medio para la consecución de una infinidad de objetivos, definidos por cada sociedad".

99. El Brasil observó que "[l]a 'necesidad de los poderes públicos' no puede determinarse mediante una construcción conceptual", sino que dependerá del "papel" que el gobierno "desempeñe" y "el grado de intervención que se ejerza en la práctica en el país de que se trate". El Brasil señaló que, por ejemplo, "la mayoría de los gobiernos tienen el deber constitucional o legal de prestar un gran número de servicios a sus ciudadanos, tales como servicios de salud, enseñanza, agua, electricidad, transporte y seguridad pública", y asevera que "[s]in duda esos gobiernos consideran que prestar esos servicios es una necesidad de los poderes públicos.

100. Por consiguiente, la compra por el OPA se hace para "cubrir las necesidades de los poderes públicos", con arreglo a la interpretación que el Brasil hace de esa expresión. Para aplicar el ejemplo del Brasil: la *Ley Constitucional Canadiense de 1982* confiere facultades legislativas a las provincias canadienses en relación con la construcción de plantas e instalaciones para la generación de electricidad en la respectiva provincia.[38] Por lo tanto, el Gobierno de Ontario ha promulgado disposiciones legislativas para tratar de obtener un suministro fiable y suficiente de electricidad procedente de fuentes limpias. Esa es la necesidad para cuya satisfacción, por medio del OPA, compra electricidad renovable.

101. El Japón y la Unión Europea aducen que la compra de electricidad renovable por el OPA se hace "para su reventa comercial". El Japón interpreta que esa expresión significa "para su venta en las corrientes de comercio (y no para su uso o consumo por el gobierno)". De manera similar, la Unión Europea aduce que "el factor determinante es si los bienes se venden en el mercado, donde se comercia con otros bienes similares". Sin embargo, esa interpretación priva de todo efecto a la palabra "comercial".

102. Además, las razones en que se apoyan el Japón y la Unión Europea para respaldar su interpretación del término "comercial" son infundadas. Para respaldar su interpretación de la expresión "para su reventa comercial", el Japón se apoya en una definición de diccionario del término comercial "*commercial*", según la cual esta palabra significa "[*o*]*f or pertaining to comerce or trade*" (perteneciente o relativo al comercio). Posteriormente, el Japón presenta varias definiciones de "*commerce*" ("comercio") que, según afirma, "no contienen ningún elemento de 'beneficio'". Sin embargo, el Japón pasa por alto que "*commerce*" se ha definido como "*the exchange of products* [...] *with an intent to realize a profit*" (el intercambio de productos ... con intención de obtener un beneficio). La observación de la Secretaría en que se apoya el Japón menoscaba en realidad la interpretación que hace ese país de la expresión "reventa comercial", ya que indica que la reventa de un producto de segunda mano después de su uso no será una reventa comercial. La reventa de un producto de segunda mano no tiene por objetivo lograr un beneficio, sino resarcirse de parte los costos de su compra.

[38] Respuesta a la pregunta 35 (primera serie): La distribución de las competencias legislativas entre el Gobierno Central del Canadá y la Provincia de Ontario se establece en los artículos 91 y 92 de la Ley de la Constitución de 1867. Las provincias tienen competencia legislativa respecto de la generación de electricidad, incluida la construcción de instalaciones de energía renovable, con dos excepciones. En primer lugar, el gobierno federal tiene competencia legislativa respecto de la generación a partir de energía nuclear (por su competencia exclusiva sobre la energía atómica) y, en segundo lugar, tiene competencia respecto de las exportaciones internacionales de electricidad (por su competencia exclusiva sobre el comercio).

B. LA ALEGACIÓN DE EXISTENCIA DE SUBVENCIÓN

103. La carga de demostrar que el Programa de tarifas reguladas es una subvención recae sobre el Japón y la Unión Europea. Ambos alegan haber establecido una presunción *prima facie* y, por lo tanto, esperan que se desplace al Canadá la carga de refutar esa alegación. Sin embargo, como el Canadá ha demostrado, los reclamantes han seguido caracterizando incorrectamente la transacción en cuestión y apoyándose en puntos de referencia inadecuados para evaluar el beneficio. Por consiguiente, no han satisfecho la carga que les corresponde. Esa carga sólo se satisface cuando se han aducido pruebas suficientes para establecer la presunción de que lo que se alega es cierto. Sólo cuando se ha establecido esa presunción se desplaza al demandado la carga de refutarla.

104. El Canadá reitera sus anteriores explicaciones, que demuestran que las transacciones realizadas en el marco del Programa de tarifas reguladas son compras de electricidad renovable, y no una "transferencia directa de fondos" o un "sostenimiento de los ingresos o de los precios". El OPA suscribe diversos tipos de contratos de adquisición con diferentes productores mediante negociaciones bilaterales, solicitudes de propuestas, y programas de oferta permanente, como el Programa de tarifas reguladas. Al hacerlo, cumple su mandato legal de proporcionar un suministro eléctrico suficiente. No se trata de un "sostenimiento de los ingresos o de los precios". Con arreglo a la teoría de los reclamantes, cualquier contrato gubernamental para la compra de bienes a un precio contractual constituiría un "sostenimiento de los ingresos o de los precios".

105. La Unión Europea señala que el Programa de tarifas reguladas funciona de manera similar a un plan de apoyo típico para productos agropecuarios, en el que los gobiernos se aseguran de que los productores obtengan un precio garantizado que el mercado no habría proporcionado. Esa afirmación es incorrecta porque el HOEP no constituye un precio de mercado de la electricidad, y, en una situación típica de sostenimiento de los precios, el precio lo perciben no sólo los vendedores que venden al gobierno, sino también los demás vendedores del bien en cuestión.

106. En respuesta al hecho de que los reclamantes sigan tomando el HOEP como punto de referencia, el Canadá reitera sus explicaciones anteriores sobre la impropiedad de hacerlo.

V. DECLARACIÓN INICIAL DEL CANADÁ EN LA SEGUNDA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

A. LA ALEGACIÓN AL AMPARO DEL GATT

107. El Canadá ha demostrado que el Programa de tarifas reguladas no está sujeto a las obligaciones previstas en el párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, ya que está comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT. El Canadá reitera sus explicaciones anteriores, y explicará con más detalle varias cuestiones en respuesta a los reclamantes.

108. En su pregunta 59, el Grupo Especial preguntó acerca de la finalidad del párrafo 8 a) del artículo III del GATT. En su respuesta, el Japón no se refirió a la declaración realizada por su Ministerio de Economía, Comercio e Industria. En lugar de ello, se basó, erróneamente, en el párrafo 1 del artículo III para restringir el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del mismo artículo. Esta última disposición comienza estableciendo lo siguiente: "[*l*]*as disposiciones de este artículo no se aplicarán* a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan" determinadas adquisiciones. Por lo tanto, *ninguna* de las disposiciones del artículo III, incluido el párrafo 1, se aplica a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan las adquisiciones por organismos gubernamentales.

109. El Canadá explicó que la posesión física no es una condición para la compra, como lo ejemplifica la compra de un libro por Internet y de productos cubiertos por un conocimiento de embarque. Al parecer, ahora el Japón ha cambiado de opinión, ya que aduce que, en esos ejemplos. "los supuestos compradores tienen el *derecho* de tomar posesión". Sin embargo, no indica ninguna fuente que respalde esa nueva definición de "compra". El Japón también sugiere que el comprador ha de usar él mismo el producto, o tratar de obtener un beneficio de su reventa. Sin embargo, no es eso lo que sucede en el caso de la compra de alimentos y medicinas por organizaciones sin ánimo de lucro, que no usan esos productos ni obtienen de ellos ningún beneficio.

110. El Japón también contrastó el papel del OPA con el de los "comercializadores" y "agregadores" de electricidad en determinados estados de los Estados Unidos, los cuales, según los gobiernos de dichos estados, asumen la "titularidad" sobre la electricidad. Aunque es posible que los "comercializadores" y "agregadores" asuman la "titularidad" sobre la electricidad, nunca poseen físicamente la electricidad, ya que ésta se transmite del productor al consumidor final, a través de las líneas de transmisión y distribución. Incluso si la posesión fuera una condición para la compra, el Gobierno de Ontario estaría comprando electricidad, ya que es propietario del 97% de las líneas de transmisión, y sólo tres de las 80 empresas de distribución local de Ontario son privadas.[39] Por consiguiente, cuando un proveedor acogido al Programa de tarifas reguladas inyecta electricidad en la red, ésta se transfiere en su gran mayoría a la posesión física del Gobierno de Ontario.

111. La condición contractual que exige que el OPA pague la electricidad que ha dado instrucciones de no producir a un proveedor es necesaria para prevenir un suministro excesivo de electricidad a la red y es una condición habitual en los contratos de compra de electricidad. La IESO nunca ha dado a un proveedor acogido al Programa de tarifas reguladas instrucciones de que no produzca electricidad, contrariamente a lo que afirma la Unión Europea.[40] La IESO tampoco puede

[39] Respuesta a la pregunta 13 (segunda serie): Aunque Hydro One (empresa de transmisión) está obligada a operar como "empresa comercial", su cometido fundamental es garantizar "la transmisión y distribución seguras, fiables y económicas de electricidad". Debe "dar prioridad a las inversiones en capacidad de transmisión y distribución para apoyar los proyectos necesarios para mantener la seguridad y fiabilidad continuas de la red". Las 77 empresas de distribución local de propiedad pública tienen el cometido de suministrar "una entrega fiable de electricidad". Las empresas de distribución local deben constituirse de conformidad con lo previsto en la Ley de electricidad de 1998. Perciben tarifas por la distribución de electricidad que les permiten cubrir los costos y obtener una tasa de rendimiento que sea "justa y razonable". La OEB está encargada de aprobar las tarifas de Hydro One y de las empresas de distribución local con arreglo a ese principio.

[40] Respuesta a la pregunta 21 (primera serie): 21 a): La IESO nunca ha ordenado a ningún productor acogido al Programa de tarifas reguladas instrucciones que reduzca su producción.

21 b): Si un productor recibe la orden de reducir toda su producción, la naturaleza de la transacción debería seguir caracterizándose como una "compra de bienes". La disposición relativa al "pago contractual adicional" es una condición para la compra de electricidad renovable. Además, es una cláusula habitual en los acuerdos de compra de energía, sea cual sea la fuente de la electricidad, ya que los administradores del sistema tienen que poder reducir el suministro a la red para protegerla de sobrecargas. No es infrecuente que en los acuerdos de compra y venta de diversos tipos de artículos figuren disposiciones que exijan el pago incluso cuando el comprador no pueda recibir el suministro. Así puede suceder, por ejemplo, cuando el comprador se ha comprometido a pagar los productos pero se ve imposibilitado de incorporarlos a sus existencias.

21 c): En el caso de las instalaciones acogidas al Programa de microtarifas reguladas y las de tipo 3B no se da esta situación, porque no están conectadas a la red de transmisión. La IESO sólo despacha la electricidad de los productores conectados a la red de transmisión.

21 d): Se aplica una condición similar a determinados contratos con instalaciones nucleares, las cuales no pueden moderar fácilmente el volumen de la electricidad que producen en respuesta a instrucciones de la IESO. En particular, en los contratos con Bruce Power (central nuclear) hay disposiciones que permiten el pago íntegro cuando los generadores de la central se ven forzados a reducir o desviar su producción para gestionar una congestión de la red. La mayoría de los productores despachables (como las centrales de carbón y

pedir a los proveedores más pequeños acogidos al Programa de tarifas reguladas que hagan tal cosa, porque no están conectados directamente a la red.

112. La compra de electricidad por el OPA es análoga a los ejemplos de compras para cubrir las necesidades de los poderes públicos que cita la Unión Europea, es decir, las compras de equipo médico y fármacos para su uso en hospitales públicos y de libros para su uso en escuelas públicas, "con objeto de prestar servicios de salud y enseñanza en beneficio de los ciudadanos". De forma similar, la electricidad se compra para uso de la población de Ontario, con objeto de prestar el servicio gubernamental que consiste en un suministro seguro de electricidad procedente de fuentes limpias, en beneficio de los ciudadanos de Ontario.

113. La Unión Europea ha aducido que una compra destinada a "*governmental purposes*" ("cubrir las necesidades de los poderes públicos") es una compra para cubrir "*needs*" (necesidades) del gobierno. Aclara que "[e]sas necesidades pueden incluir compras del gobierno para poder prestar servicios gubernamentales a los ciudadanos ...". Sin embargo, la Unión Europea se ha centrado en una finalidad que no es la pertinente cuando aduce que la prescripción en materia de contenido nacional no se impone con objeto de prestar servicios. La prescripción en materia de contenido nacional es una *condición* de la compra, y el párrafo 8 a) del artículo III no impone ningún límite respecto de la finalidad de tales condiciones. Por ejemplo, al comprar libros para su uso por estudiantes en escuelas públicas, el gobierno podría imponer la condición de que los libros se publiquen en el propio país. En ese caso, la finalidad de la compra es de carácter gubernamental. De forma similar, la compra por el OPA de electricidad renovable es para "cubrir las necesidades de los poderes públicos", ya que se realiza para ayudar a garantizar un suministro suficiente y fiable de electricidad para los ciudadanos de Ontario a partir de fuentes limpias y, por lo tanto, también "para poder prestar servicios gubernamentales a los ciudadanos".

114. La Unión Europea y el Japón también han aducido que una "reventa comercial" es una reventa que se hace con la intención de que *alguien* obtenga un beneficio, y que los proveedores, distribuidores y minoristas acogidos al Programa de tarifas reguladas se beneficiarán, todos ellos, de la supuesta reventa. Sin embargo, los elementos del párrafo 8 a) del artículo III se centran en los actos del *gobierno*: la compra se realiza "por organismos *gubernamentales*"; la finalidad es cubrir las necesidades de "*los poderes públicos*"; y la mira con la que se hace la compra es la del *gobierno*. Por lo tanto, el carácter "comercial" de la reventa viene determinado por la intención de que el *gobierno* obtenga un beneficio.

115. Además, cualquier reventa de electricidad carece de pertinencia para los beneficios de los proveedores acogidos al Programa de tarifas reguladas, ya que éstos obtienen su beneficio del Contrato de tarifas reguladas en el momento en que entregan la electricidad a la red. Los distribuidores tampoco obtienen su beneficio de la reventa, sino del *servicio* de distribuir la electricidad. Por último, los minoristas obtienen su beneficio mediante contratos financieros independientes con los usuarios finales, y no a través del uso de la electricidad por esos usuarios finales.

116. La Unión Europea ha aducido que la *prescripción en materia de contenido nacional* no *rige* ninguna adquisición por el OPA. Sin embargo, no es la *prescripción en materia de contenido nacional* la que debe regir la adquisición. No hay nada en el párrafo 8 a) del artículo III que obligue a que la "prescripción que rija la adquisición" ("*requirement governing procurement*") sea la misma que supuestamente infringe la obligación de trato nacional. Incluso si la Unión Europea tuviera razón, la prescripción en materia de contenido nacional sí "rige" la adquisición por el OPA, ya que "*govern*"

---

las hidroeléctricas) no necesitan esas disposiciones, ya que pueden responder más fácilmente a las instrucciones de iniciar o interrumpir el suministro.

(regir) significa "*control, regulate, determine*" ("controlar, regular, determinar"), y no se permite al OPA comprar la electricidad si no se satisface esa condición.

117. Además, la prescripción en materia de contenido nacional no está "desvinculada de la naturaleza básica del producto", ya que se refiere al proceso y método de producción de la electricidad que se compra, es decir, a los servicios y los insumos utilizados para producir la electricidad. Como ha declarado la Profesora Sue Arrowsmith, "[c]uando tales compensaciones o medidas secundarias guardan relación únicamente con trabajos realizados con motivo del contrato gubernamental adjudicado ... *es evidente* que son medidas que 'rigen' la adquisición ....".

B. LA ALEGACIÓN DE EXISTENCIA DE SUBVENCIÓN

118. En esta declaración, el Canadá se centrará en las siguientes cuestiones: en primer lugar, el enfoque analítico correcto para determinar la existencia de "contribución financiera" o "sostenimiento de los ingresos o de los precios" y, en segundo lugar, la caracterización adecuada de las transacciones del Programa de tarifas reguladas.

119. La Unión Europea se apoya en tres asuntos para aducir que una misma medida puede subsumirse simultáneamente en varios incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Esos asuntos, sin embargo, no respaldan la teoría de la Unión Europea.

120. En el asunto *Japón - DRAM (Corea)*, el Grupo Especial formuló su observación incidentalmente, ya que en realidad estaba analizando si la modificación de las condiciones de reembolso de los préstamos y las conversiones de deuda en capital eran "transferencias directas de fondos", y no si podían ser consideradas como alguna otra forma de "contribución financiera".

121. En *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, el Órgano de Apelación no realizó un análisis de la existencia de una "contribución financiera" en el marco del párrafo 1 del artículo 1. En realidad, estaba interpretando el término "receptor" en el contexto de un análisis del beneficio y determinaba si el receptor tenía que ser una "persona jurídica" o si podía ser una persona física. Lo que afirmaba el Órgano de Apelación era simplemente que las "contribuciones financieras" podían hacerse directamente a personas jurídicas, tales como sociedades, o a través de personas físicas, tales como los propietarios de una sociedad, mediante una bonificación fiscal. Eso no es lo mismo que decir que la misma transacción puede caracterizarse correctamente como "transferencia directa de fondos" y como "ingresos fiscales sacrificados".

122. La Unión Europea se basa también en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, en el que el Órgano de Apelación declaró en una nota que "[l]a estructura [del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC] no excluye expresamente que una transacción pueda estar contemplada en más de un inciso". Lo que quiere decir el Órgano de Apelación es que "el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no enuncia expresamente la relación que se quiere que exista entre los incisos constitutivos". Contrariamente a lo que asevera la Unión Europea, lo que deja claro esta jurisprudencia es que el Órgano de Apelación no ha determinado específicamente que puede constatarse debidamente que una determinada medida o transacción constituye varias formas de "contribución financiera" al mismo tiempo.[41]

[41] Respuesta a la pregunta 24 (segunda serie): Contrariamente a lo que afirma la Unión Europea, el Órgano de Apelación no constató que sea posible constatar debidamente que una determinada medida constituye varias formas de "contribución financiera" al mismo tiempo. Un grupo especial debe formarse una opinión respecto de la correcta adscripción de la medida. Si se adscribe al párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en tanto que "contribución financiera", una caracterización adecuada la referirá a uno de los incisos. Cuando la elección de

123. En lo que respecta a la naturaleza del "sostenimiento de los ingresos o de los precios", el Canadá señala que el tipo de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" previsto en el artículo XVI del GATT se ha incorporado por referencia al texto del párrafo 1 a) 2) del artículo 1.[42] El párrafo 1 del artículo XVI exige la notificación de "una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones ... o reducir las importaciones ...". Por lo tanto, exige "efectos en el comercio". No hay pruebas que indiquen que las importaciones de electricidad eólica o solar en Ontario hayan disminuido a consecuencia del Programa de tarifas reguladas, o de que las exportaciones hayan aumentado. De hecho, no hay pruebas de que se haya realizado comercio alguno de electricidad eólica o solar. Por consiguiente, no puede satisfacerse uno de los requisitos para la existencia de "sostenimiento de los ingresos o de los precios".

124. El sentido corriente de "*price support*" (sostenimiento de los precios) es "*assistance from a government or other official body in maintaining prices at a certain level regardless of supply or demand*" (asistencia prestada por un gobierno u otro organismo oficial para mantener los precios a un determinado nivel, con independencia de la oferta o la demanda), y se aplica igualmente al concepto de sostenimiento de los ingresos. Implica, por lo tanto, no sólo que deben sostenerse los ingresos o los precios mediante medidas gubernamentales, sino que previamente habría *niveles* de ingresos o de precios establecidos por la oferta y la demanda (es decir, por un mercado).

125. Así pues, el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" presupone necesariamente un mercado que emita una señal que dé lugar a que un gobierno tome medidas para sostener los ingresos o los precios cuando descienden por debajo de un determinado *nivel.* La Unión Europea reconoce que ello es así cuando cita el ejemplo de un sistema para la leche en el que los productores obtendrán pagos si el precio *de mercado* es inferior al precio garantizado. El Programa de tarifas reguladas no está basado en ninguna señal de esa índole.

126. Los receptores del sostenimiento de los precios no serán únicamente los vendedores que venden al gobierno. En realidad, el sostenimiento de los precios debería alterar también el precio de mercado para los demás vendedores del mercado. Por ejemplo, cuando un gobierno compra azúcar para sostener su precio, ello debería alterar el precio del azúcar no sólo para quienes venden al gobierno, sino también para los demás vendedores. En nuestro caso, no se alega que ningún vendedor distinto de los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas que venden al gobierno reciba los precios del Programa de tarifas reguladas.

127. En lo que respecta a la "transferencia directa de fondos", el Japón alega ahora que el Programa de tarifas reguladas es una "donación condicionada". Esa afirmación es incorrecta, porque, en primer lugar, la obligación de generar electricidad y entregarla al sistema es la característica esencial de todos los contratos del OPA. El Japón puede caracterizarla como una "obligación recíproca" que se ejecuta en concepto de "cumplimiento" a cambio de percibir un pago, pero ésa es sólo otra forma de describir una "compra de bienes". En segundo lugar, el Japón no hace referencia a la conclusión del Órgano de Apelación de que las donaciones se otorgan normalmente "... sin una

---

un grupo especial es entre uno de los incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y la posibilidad de adscribirla al subapartado 2), el mismo análisis de caracterización adecuada conducirá también a una conclusión que la adscriba a uno u otro, pero no a ambos al mismo tiempo. El "o" que figura entre los dos subapartados refuerza este criterio.

[42] Respuesta a la pregunta 20 (primera serie): El párrafo 1 a) 2) del artículo 1 no exige que se constate la existencia de un "perjuicio grave" para constatar que hay "sostenimiento de los ingresos o de los precios". La presente diferencia no se refiere a un "perjuicio grave" (en el sentido del apartado c) del artículo 5 y el artículo 6 del Acuerdo SMC). En las diferencias relativas a un perjuicio grave, la evaluación de éste debe hacerse sólo después de haber constatado la existencia de un beneficio, así como la "especificidad" en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC.

obligación o expectativa de que se proporcione algo a cambio al donante". La teoría del Japón trata de diluir la distinción entre "transferencia directa de fondos" y "compra de bienes" hasta el punto de que este último concepto resulta redundante.

128. Pasando ahora a la cuestión del "beneficio", el Canadá ha demostrado repetidamente que todos los puntos de referencia propuestos por los reclamantes son tarifas de la electricidad como producto básico de origen mixto, por lo que no reflejan las condiciones de compra y venta de la electricidad eólica y solar en Ontario. La premisa en que se basa la posición de los reclamantes de que las tarifas de la electricidad combinada como producto básico son puntos de referencia adecuados es insostenible. Aducen que hay un único mercado de la electricidad en Ontario y que todas las fuentes de generación compiten entre sí en ese mercado único. Sin embargo, simplemente no es así, por las razones que se exponen a continuación.

129. En primer lugar, el mecanismo o algoritmo de mercado que administra la IESO[43] no es un "foro al que concurren compradores y vendedores con el objetivo de intercambiar bienes y servicios ...". En Ontario hubo en 2002 un mercado mayorista de electricidad de esa naturaleza, que dejó de existir ese mismo año. Posteriormente, el gobierno creó un sistema con un mecanismo de mercado para permitir que la IESO equilibrara la oferta y demanda físicas y tomara decisiones de despacho. También se encomendó a la OEB la regulación de las tarifas de determinadas instalaciones de la OPG.

130. En consecuencia, el HOEP ya no es una tarifa de la electricidad determinada por la interacción entre compradores y vendedores, y el HOEP se paga sólo respecto del 8% de la electricidad generada. El Canadá observa que la Unión Europea cuestiona esa cifra basándose en determinados datos del cuadro 1 de la primera comunicación escrita del Japón. Sin embargo, la Unión Europea da por supuesto que toda la producción que el Japón ha incluido en el epígrafe "Activos de la OPG", "Térmica no regulada" percibe únicamente el HOEP. Ese supuesto es erróneo. La prueba documental 15 presentada por el Japón, en la que está basado el cuadro 1, incluye en esa categoría tres instalaciones -Lambton, Nanticoke y Lennox- que representan más de 11,5 TWh de producción. Todas esas instalaciones perciben tarifas contractuales en virtud de contratos con la OEFC o el OPA. No perciben únicamente el HOEP. Debidamente considerada, la proporción que percibe únicamente el HOEP es efectivamente del 8% en 2010. Aunque las importaciones perciben el HOEP, éste sigue sin ser un punto de referencia adecuado, ya que las importaciones son de electricidad como producto básico de origen mixto.

131. En segundo lugar, contrariamente a lo que aseveran el Japón y la Unión Europea, en Ontario no compiten entre sí diferentes fuentes de electricidad de la manera en que afirman el Japón y la Unión Europea, ya que las distintas fuentes de electricidad tienen diferentes costos y atributos inherentes.[44] Además, pese a admitir que el gobierno representa a la demanda en la transacción,

[43] Respuesta a la pregunta 31 (primera serie): Hay un algoritmo, el "algoritmo de despacho", que se ejecuta en dos modos: "con constricciones" y "sin constricciones". La diferencia consiste en que en el modo con constricciones se consideran todas las limitaciones físicas del sistema, mientras que en el modo sin constricciones no se las tiene en cuenta. El modo con constricciones genera las instrucciones de despacho, mientras que el modo sin constricciones se utiliza para establecer un cúmulo de ofertas (de la más baja a la más alta) y determinar el PEM. Los consumidores pagan el HOEP más el ajuste global.

El precio que pagan los consumidores se basa en el Plan de precios regulados elaborado y revisado semestralmente por la OEB. Esos precios consisten en una previsión del HOEP y del ajuste global para los 12 meses siguientes y una compensación de las desviaciones que haya podido haber en el año anterior. En 2011 el HOEP medio fue de 31,47 dólares/MWh y representó aproximadamente el 22% de la factura residencial media. El ajuste global medio fue de 40,48 dólares/MWh en 2011.

[44] Respuesta a la pregunta 3 (primera serie): La electricidad renovable tiene costos de producción significativamente superiores a los de la procedente de fuentes no renovables. La producción de electricidad

la Unión Europea sigue centrándose en el punto de vista de los usuarios finales, que ni siquiera participan en el mecanismo de la IESO que supuestamente constituye el mercado pertinente.

132. En tercer lugar, los reclamantes también han aducido que el HOEP es la tarifa que obtendrían los productores si no existiera el Programa de tarifas reguladas. Sin embargo, incluso antes del establecimiento del Programa, Ontario contaba con programas de adquisición específicos para comprar energía renovable. Con toda probabilidad, de no existir el Programa de tarifas reguladas, un futuro productor de electricidad renovable acudiría al gobierno, a través del OPA, y trataría de negociar un contrato con tarifas que reflejaran las condiciones reinantes en el mercado, así como sus costos y el volumen de suministro estipulado por el gobierno.

133. Los diversos puntos de referencia de otras jurisdicciones presentados por el Japón y la Unión Europea son también tarifas de electricidad como producto básico y, por lo tanto, inadecuados. La Unión Europea aduce también que el Canadá no ha demostrado que los puntos de referencia internos propuestos estén distorsionados. El Canadá subraya que es la parte que desea apoyarse en puntos de referencia de otras jurisdicciones la que debe justificar su uso, como se desprende, por ejemplo, de los asuntos *Estados Unidos - Madera blanda IV* y *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*.

134. Incluso si hubiera justificación para usar esos puntos de referencia, sería necesario ajustarlos para reflejar las condiciones de mercado reinantes para la electricidad eólica y solar en Ontario. El Órgano de Apelación ha reconocido que hacer los ajustes necesarios sería muy difícil. El Japón no ha introducido ningún ajuste en las tarifas de otras jurisdicciones presentadas. Por consiguiente, esas tarifas son inadecuadas para el análisis del Grupo Especial.

135. Por último, si el HOEP o cualquier otro de los puntos de referencia propuestos fueran apropiados, ello significaría que se otorgaría un beneficio a cualquier productor que obtuviera una tarifa superior a esos puntos de referencia, incluso si las tarifas fueran insuficientes para cubrir los costos de producción.[45, 46] Se constataría que productores que pierden dinero cada día estarían

---

renovable da lugar, además, a atributos ambientales, como los créditos de carbono, que pueden tener valor económico en los mercados de créditos de carbono.

Respuestas a las preguntas 41 y 43 (segunda serie): No existe competencia entre la electricidad eólica y solar acogida al Programa de tarifas reguladas -ya sea en cuanto a tarifas o en cuanto a volúmenes- y ninguna otra forma de generación de electricidad en Ontario de la forma que alegan los reclamantes. Dado que las tarifas que se pagan a los productores se establecen en los propios contratos de tarifas reguladas, no hay competencia de precios. Además, como los productores de energía eólica y solar acogidos al Programa de tarifas reguladas producen su energía con métodos de generación no despachables, la IESO incorpora todas sus estimaciones de volumen de producción al cúmulo de despacho antes que cualquier otra forma de generación y sin ninguna oferta de tarifas. Las tarifas de las demás formas de generación renovable también se establecen contractualmente, por lo que esos productores no presentan ofertas a la IESO. Las tarifas de la generación regulada por la OPG las fija la OEB, por lo que no hay competencia de precios. Del mismo modo, no hay competencia de precios entre las formas de generación contractuales. En lo que respecta a las instalaciones de carbón más antiguas y las hidroeléctricas más pequeñas, que perciben únicamente el HOEP, este hecho no se debe a una competencia en cuanto a tarifas entre distintas formas de electricidad, sino que la tarifa depende de una decisión de política gubernamental.

No existe en Ontario actualmente un mercado mayorista de electricidad competitivo tal y como alegan los reclamantes. Como admite la Unión Europea, el HOEP, que es establecido finalmente por la última oferta de electricidad incorporada al cúmulo de ofertas de la IESO, lo marcan por lo general las ofertas de los productores de electricidad generada a partir de gas que tienen contratos con el OPA. Esas ofertas están determinadas por una fórmula que figura en los contratos. Por lo tanto, el HOEP es un precio establecido por los contratos suscritos con el OPA, no por la competencia de las fuerzas del mercado.

[45] Respuesta a la pregunta 44 (segunda serie): La Unión Europea parece sugerir que el clima es el factor de costo más importante en una instalación eólica o solar y que, dado que variará según el emplazamiento, una tarifa uniforme garantizará que no existan instalaciones acogidas al Programa de tarifas

recibiendo una subvención. El Grupo Especial encargado de examinar este asunto tendría que constatar que una tarifa para la electricidad muy inferior a los costos de producción de esa electricidad constituiría "una remuneración superior a la adecuada", lo cual es sencillamente imposible.

136. Un enfoque analítico que podría haberse adoptado consistiría en comenzar por localizar precios privados internos correspondientes a los bienes en cuestión. Los reclamantes no han aportado ninguna prueba de esa naturaleza. Si no se dispone de precios privados para la electricidad eólica y solar en Ontario, tal vez podría usarse, como alternativa, un punto de referencia reconstruido, basado en los costos de producción, como ha observado el Órgano de Apelación. De hecho, en respuesta a las preguntas 65 y 67 del Grupo Especial, la Arabia Saudita afirma lo mismo. Los reclamantes no han ofrecido una alternativa de esa índole.

137. Si se hubiera agotado la posibilidad de utilizar un punto de referencia interno, podría haber seguido existiendo la perspectiva de utilizar un punto de referencia de otra jurisdicción, pero esas tarifas habrían de justificarse y ser ajustadas para reflejar las condiciones de mercado reinantes en Ontario. Pese a la clara orientación del Órgano de Apelación, los reclamantes optaron por no seguir ese enfoque y, en lugar de ello, han aportado puntos de referencia inadecuados. Esos puntos de referencia no pueden ser la base de un análisis correcto del beneficio. Por consiguiente, los reclamantes no han satisfecho la carga de establecer que el Programa de tarifas reguladas es incompatible con el Acuerdo SMC.

---

reguladas en los emplazamientos donde cubrirían sólo los costos de capital y de explotación. El corolario de ese argumento es que los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas sólo ubicarán sus instalaciones donde la tarifa sea considerablemente superior a los costos, lo que implica que, por un motivo "estructural", no puede decirse que el Programa de tarifas reguladas refleje los costos de generación, por lo que ese programa otorga un beneficio. Esta afirmación es insostenible. En primer lugar, la Unión Europea no aporta ningún testimonio textual o jurisprudencial que respalde su posición de que puede determinarse que existe un beneficio simplemente porque el pago de un producto se hace con arreglo a una tarifa fija. En segundo lugar, sugerir que las tarifas uniformes necesariamente otorgan un beneficio a algunos productores conduciría a resultados absurdos. Piénsese por ejemplo en una compra gubernamental de bolígrafos a un precio de catálogo aplicable a todos los consumidores. Es evidente que los costos y la eficiencia relativa de un determinado fabricante de bolígrafos serán inherentemente diferentes de los de los demás. Si se llevara a cabo un análisis del beneficio sobre la base sugerida por la Unión Europea, podría constatarse que un gobierno otorga subvenciones a todos los fabricantes, pese a haber otros compradores no gubernamentales que pagan el mismo precio por el producto. Ése análisis no puede ser el correcto.

Las tarifas eólicas de Quebec que presenta la Unión Europea son de una jurisdicción distinta de Ontario. La Unión Europea no ha presentado ninguna justificación para el uso de esas tarifas como punto de referencia. Además, ese uso requiere en todo caso un ajuste previo a las condiciones reinantes en el mercado en la jurisdicción de que se trate. Como no se ha hecho tal cosa, esas tarifas no son de utilidad en examen del beneficio por el Grupo Especial.

[46] Respuesta a la pregunta 42 (segunda serie): El argumento del Japón de que la historia del mercado de la electricidad de Ontario demuestra que el Programa de tarifas reguladas otorga un beneficio no es convincente. En primer lugar, el Japón parece aducir que el Grupo Especial puede constatar en abstracto que se ha otorgado un beneficio. Sin embargo, el Grupo Especial tiene que determinar si las compras del OPA se hacen por una remuneración superior a la adecuada en el sentido del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. En segundo lugar, el Japón no reconoce que el mercado mayorista competitivo terminó en noviembre de 2002 y que no se ha regresado a ese mercado. En tercer lugar, el análisis del beneficio tiene que basarse en una comparación con un punto de referencia contemporáneo. Sería ilógico comparar el precio de compra de un producto, sea cual sea, con condiciones de mercado que existían años antes de la transacción de que se trate. En el presente asunto, las tarifas impugnadas de electricidad eólica y solar acogidas al Programa de tarifas reguladas entraron en vigor el 24 de septiembre de 2009. En cuarto lugar, la referencia a un precio de mercado histórico que consiste en el HOEP vigente durante la liberalización no deja de ser una referencia a un precio de electricidad mixta.

ANEXO B

COMUNICACIONES ESCRITAS Y DECLARACIONES
ORALES DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen integrado de Australia	B-2
Anexo B-2	Resumen integrado del Brasil	B-6
Anexo B-3	Resumen integrado de China	B-9
Anexo B-4	Resumen integrado de El Salvador	B-13
Anexo B-5	Resumen integrado de la Unión Europea (en WT/DS412)	B-15
Anexo B-6	Resumen integrado del Japón (en WT/DS426)	B-19
Anexo B-7	Resumen integrado de Corea	B-26
Anexo B-8	Resumen integrado de México	B-30
Anexo B-9	Declaración de Noruega en calidad de tercero	B-34
Anexo B-10	Resumen integrado del Reino de la Arabia Saudita	B-36
Anexo B-11	Resumen integrado de los Estados Unidos	B-40

ANEXO B-1

RESUMEN INTEGRADO DE AUSTRALIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Las presentes actuaciones, iniciadas por el Japón y la Unión Europea, brindan a los Miembros la oportunidad de examinar la interpretación de las obligaciones comerciales internacionales de los Miembros en el contexto de las medidas medioambientales internas. Australia se ocupa de las siguientes cuestiones fundamentales:

a. la definición de subvención del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC);

b. la determinación del beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC; y

c. el alcance del párrafo 8 a) del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994).

II. SUBVENCIÓN

A. CONTRIBUCIÓN FINANCIERA O SOSTENIMIENTO DE LOS INGRESOS O DE LOS PRECIOS

2. Australia hace suyos los argumentos de la Unión Europea y el Japón con respecto a la clasificación de los contratos de tarifas reguladas (TR) como una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

3. Subsidiariamente, Australia considera que el Grupo Especial podría tener en cuenta el argumento de que el Gobierno de Ontario "compra bienes" en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC mediante los contratos de tarifas reguladas.

4. El Canadá aduce que el Organismo de Energía de Ontario (OPA) concierta acuerdos de compra de energía con productores de energía renovable para la adquisición de ese tipo de energía. El Canadá afirma que esa transacción "es, y sigue siendo, una compra de bienes".[1]

5. En *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles* el Órgano de Apelación identificó los dos aspectos siguientes en la compra de bienes a que se refiere el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1:

a. los bienes son proporcionados al gobierno por el receptor[2]; y

b. la persona o entidad que proporciona los bienes recibirá a cambio alguna remuneración.[3]

6. Australia considera que al determinar si una contribución financiera es una compra de bienes, hay que tener en cuenta que no es necesario que el gobierno utilice los bienes comprados, y que puede

[1] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 120.
[2] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 619.
[3] *Ibid.*

haber una compra de bienes en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 si un gobierno realiza un pago a una persona o entidad por el suministro de los bienes.

7. En la presente diferencia, el OPA actúa en nombre del Gobierno de Ontario. El OPA está obligado contractualmente, en cumplimiento de un contrato de tarifas reguladas celebrado, a pagar la tarifa fijada en el contrato para la electricidad producida por los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas. Cabe considerar apropiadamente que la tarifa del contrato percibida por esos productores es la retribución por la electricidad proporcionada al mercado de electricidad de Ontario.

8. Australia considera que el Grupo Especial, siguiendo este razonamiento, podría constatar que cabe considerar apropiadamente que la transacción entre el OPA y los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas es una compra de bienes en el sentido de la definición de la contribución financiera del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

B. BENEFICIO

9. Australia no acepta el argumento del Canadá de que los elementos de comparación utilizados por el Japón y la Unión Europea no son adecuados para evaluar si con la compra de electricidad eólica y solar por el OPA en el marco del Programa de tarifas reguladas se otorga un "beneficio".[4]

10. Australia señala que con una contribución financiera se otorga un beneficio si las condiciones de esa contribución son más favorables que las que podría obtener el receptor en el mercado. A juicio de Australia, el mercado pertinente en esta diferencia es el mercado de electricidad. A este respecto, Australia destaca que en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* el Órgano de Apelación declaró que el cálculo del beneficio en relación con las condiciones reinantes en un mercado requiere "un examen del comportamiento en ambos lados de la transacción, y en particular en relación con las circunstancias de la oferta y la demanda vigentes en ese mercado".[5]

11. A juicio de Australia, para defender el Programa de tarifas reguladas, el Canadá se centra fundamentalmente en las condiciones de la oferta de energía renovable en su análisis del beneficio y destaca en varias ocasiones que los costos de la producción de energía renovable son considerablemente mayores que los de la producción de energía no renovable. Aunque Australia no niega este hecho, considera que el Grupo Especial debe tener también en cuenta al examinar el beneficio el aspecto relativo a la demanda del mercado de electricidad. A este respecto, sostiene que aunque el Programa de tarifas reguladas establece una distinción entre diferentes fuentes de energía renovable (eólica y solar) al determinar la tarifa percibida por los productores acogidos al Programa por kWh de electricidad producida, esa distinción no se traslada al mercado. Además, los consumidores de electricidad de Ontario no distinguen (ni pueden distinguir) entre fuentes de energía eléctrica renovables y no renovables.

12. Australia no considera que la diferencia en cuanto a los costos de producción de diferentes tipos de energía impida un análisis del beneficio en el que se tenga en cuenta el precio de mercado de la electricidad. A juicio de Australia, el producto subvencionado de que se trata es la electricidad y no el subtipo de la electricidad generada a partir de fuentes renovables.

13. A juicio de Australia, los contratos de tarifas reguladas pueden otorgar un beneficio a los productores acogidos al Programa de dos formas. En primer lugar, el apoyo del gobierno crea un comprador de energía renovable que de no ser por él no existiría. Sin el apoyo del gobierno, no

[4] *Ibid.*, párrafo 130.
[5] Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 981.

existiría una compensación suficiente para estimular las inversiones en energía renovable: los factores del mercado por sí solos no permitirían una participación lucrativa en el sector de la energía renovable. En segundo lugar, los productores acogidos al Programa de tarifas reguladas perciben por su producto un precio más elevado del que podrían obtener en el mercado.

14. En relación con el segundo aspecto, Australia considera que el precio por hora de la energía en Ontario (HOEP) utilizado por el Japón y la Unión Europea es un elemento apropiado de comparación para determinar el beneficio. El HOEP corresponde a la tarifa de la electricidad determinada por la oferta y la demanda de electricidad en Ontario y es la tarifa que un productor de electricidad percibiría en el mercado mayorista en ausencia de normas contractuales y reglamentarias.[6]

III. COMPRA POR ORGANISMOS GUBERNAMENTALES

15. Una importante cuestión que se plantea en el presente caso es si es apropiado considerar que la compra de electricidad para su distribución al público en general es una compra por organismos gubernamentales en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

16. Australia sostiene que no basta el mero hecho de que una actividad se califique de "compra" en la legislación para considerar esa actividad incluida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

A. NECESIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS

17. Es de importancia decisiva para el análisis del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 determinar si puede considerarse adecuadamente que la compra de electricidad por el Gobierno de Ontario es una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

18. Australia señala que por "purpose" (necesidad) puede entenderse "practical advantage or use" (ventaja práctica o uso).[7] Aunque ese sentido tal vez no sea tan frecuente como el citado por el Canadá, el Órgano de Apelación ha indicado que el intérprete del tratado "debe buscar el significado que dé efecto, simultáneamente, a todos los términos del tratado según han sido utilizados en cada uno de los idiomas auténticos".[8] Australia destaca que el texto francés del párrafo 8 a) del artículo III, en la parte pertinente, establece lo siguiente:

> "Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organs gouvernementaux, de produits achetés *pour les besoins* de pouvoirs publics …" (sin cursivas en el original)

19. La versión francesa del texto de este precepto y, en particular, la referencia a "les besoins" parece avalar una interpretación del término "purposes" que se refiera a "la ventaja práctica o uso" por el gobierno y no a "una compra para un objetivo del gobierno" o a "una compra por un organismo gubernamental prescrita por la legislación, las normas reglamentarias, las políticas o las directrices del poder ejecutivo".[9]

20. Australia sostiene que será preciso que el Grupo Especial analice si, en ausencia de una ventaja práctica para el gobierno o de uso por éste, la compra de electricidad del Gobierno de Ontario

---

[6] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 220.
[7] Diccionario Collins de inglés, en línea, consultado el 9 de enero de 2012; http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/purpose.
[8] *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 59.
[9] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 86.

es una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

B. REVENTA COMERCIAL

21. Australia sostiene que si admite que la compra de electricidad del Gobierno de Ontario es una compra "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" el Grupo Especial debe examinar los siguientes aspectos al determinar si la compra es "para su reventa comercial" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994.

22. Australia señala que el New Oxford Dictionary en línea define "commercial" (comercial) como relativo al comercio o participante en el comercio, y "commerce" (comercio) como la actividad de compra y venta. En ambas definiciones la idea de beneficio es un aspecto secundario.[10]

23. Aunque el OPA no opera para obtener un beneficio, adquiere electricidad que se incorpora a la red eléctrica para su reventa y distribución inmediatas. La red eléctrica es un "mercado físico" en el que se compra y vende electricidad.[11] El OPA compra la electricidad con el propósito de que ésta sea revendida en condiciones de mercado.

24. Australia sostiene que la interpretación de que con la expresión "para su reventa comercial" se hace referencia a una compra realizada con el objeto de revender lo comprado para obtener un beneficio sería demasiado restringida y ampliaría el ámbito de las posibles excepciones a las disposiciones del párrafo 1 del artículo III en materia de trato nacional fijado en el párrafo 8 a) del artículo III. Australia sostiene que el Grupo Especial puede analizar si la exención del párrafo 8 a) del artículo III permite dar a la disposición un alcance tan amplio.

25. El Gobierno de Ontario no utiliza la inmensa mayoría de la electricidad que compra. La electricidad se compra para distribuirla a los consumidores que la adquieren a los precios del mercado. Australia sostiene que el párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 no pretende abarcar la situación en la que un gobierno concluye contratos para el abastecimiento o compra a precios fijados de una electricidad que vende después en un mercado para su consumo general.

IV. CONCLUSIÓN

26. A juicio de Australia, el Programa de tarifas reguladas puede considerarse una compra de bienes que implica una contribución financiera en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 o una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

27. Australia no considera que la diferencia en cuanto a los costos de producción entre diferentes tipos de energía impida realizar un análisis del beneficio basado en el precio de mercado de la electricidad.

28. Por último, a juicio de Australia, una interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT como la propuesta por el Canadá ampliaría el alcance de la disposición más allá de su sentido corriente. Una interpretación de esa naturaleza podría socavar considerablemente el alcance de las obligaciones de trato nacional establecidas en el artículo III y permitiría una amplia gama de medidas proteccionistas, en contradicción con el importante principio enunciado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994.

---

[10] Oxford New Dictionary, en línea, consultado el 9 de enero de 2012; http://oxforddictionaries.com/definition/commercial?q=commercial; http://oxforddictionaries.com/definition/commerce?q=commerce.

[11] Primera comunicación escrita del Japón, párrafo 68, nota 120.

ANEXO B-2

RESUMEN INTEGRADO DEL BRASIL

I. INTRODUCCIÓN

1. El Brasil formula observaciones sobre diversos aspectos: i) del sentido de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT y ii) de la interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y del punto de referencia apropiado para la determinación correspondiente.

II. PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III DEL GATT: "PARA CUBRIR LAS NECESIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS"

2. Al mantener que únicamente debe considerarse que sirven para cubrir las necesidades de los poderes públicos las compras realizadas para su propio uso o en su propio beneficio, el Japón y la Unión Europea limitan indebidamente el alcance de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III del GATT. Su interpretación parece dar a entender que la única finalidad de los poderes públicos es asegurar el mantenimiento y el funcionamiento regular de su burocracia y prescinde del hecho de que la burocracia estatal es únicamente un instrumento para lograr una gran cantidad de fines, definidos por cada sociedad. Si los negociadores pretendieron limitar el sentido de la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" a las compras realizadas por los organismos gubernamentales para su "propio uso" deberían haberlo hecho expresamente. En lugar de ello, el texto del párrafo 8 a) del artículo III se refiere a la "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados **para cubrir las necesidades de los poderes públicos**", lo que indica que una interpretación adecuada de esta disposición debe dar sentido a la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

3. Las "necesidades de los poderes públicos" no pueden interpretarse conceptualmente de una forma general apriorística. Sólo pueden entenderse caso por caso, conforme a una interpretación informada por la función concreta realizada por un gobierno determinado en cada sector de la economía. El Brasil sugiere que ese concepto puede entenderse como un espectro: en un extremo del mismo, el Miembro puede actuar como un agente que interviene, por imperativo constitucional o legal, para garantizar el suministro de un determinado bien o servicio, en tanto que en el otro puede actuar como un agente económico similar a cualquier otro, y está plenamente sujeto a las condiciones del mercado. En el primer caso, la necesidad de los poderes públicos es esencial, por lo que es evidente que está abarcada por el párrafo 8 a) del artículo III; en el segundo, en el mejor de los casos, es marginal y no está comprendida en el ámbito de aplicación de la excepción mencionada. Puede entenderse que el ámbito de las necesidades de los poderes públicos corresponde a las siguientes categorías de la acción de esos poderes: i) como proveedores de bienes o servicios (a veces como un monopolio del Estado); ii) como agentes de promoción, que promueven sectores estratégicos para asegurar el desarrollo de esferas en las que la acción de las empresas privadas por sí sola tal vez no sea suficiente; iii) como reguladores, que vigilan estrechamente la provisión de un determinado servicio, aunque no estén legalmente obligados a proporcionar los bienes o servicios de que se trata, y iv) como agentes económicos, sujetos a las condiciones del mercado. En las dos primeras categorías, las necesidades de los poderes públicos podrían discernirse con facilidad. En la tercera, sería necesario tener en cuenta otros aspectos. En la cuarta, la acción gubernamental no correspondería a la gama de las necesidades de los poderes públicos.

4. En consecuencia, el Grupo Especial debe comparar el diseño, la estructura y la arquitectura generales de un programa de contratación pública con la función específica ejercida por el gobierno.

Además, al interpretar el sentido de la expresión "necesidades de los poderes públicos" las instancias decisorias deben abstenerse de formular determinaciones abstractas acerca de lo que es una "necesidad de los poderes públicos" legítima. Igual que un "acordeón" (haciendo referencia a la analogía establecida para el "producto similar" por el Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas II*) la definición de la necesidad de los poderes públicos se alarga o se acorta en función de la forma y el grado en que un gobierno determinado actúe para cubrir sus necesidades, según se infiere del marco legítimo aplicable y de los hechos que concurren en cada caso.

5. No obstante la definición de "necesidades de los poderes públicos" no puede ser tan amplia como pretende el Canadá (con referencia a "todas las compras de un organismo gubernamental prescritas en la legislación, las normas reglamentarias, las políticas o las directrices del poder ejecutivo") so pena de socavar considerablemente el alcance de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III.

III. PÁRRAFO 1 B) DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC: "BENEFICIO" Y PUNTOS DE REFERENCIA

6. Las partes en la diferencia discrepan en cuanto al punto de referencia o "elementos de comparación" apropiados que permitan evaluar si existe un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC otorgado por las tarifas pagadas para los productores de energía que participan en el Programa de tarifas reguladas (TR). Según el Brasil, el punto de referencia apropiado en el presente caso debe determinarse teniendo en cuenta la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, que, sobre la base del concepto de "mercado" establecido en *Canadá - Aeronaves*, concluyó lo siguiente:

> "[…] Incluso cuando el mercado de un determinado bien o servicio es limitado, el precio de mercado no viene dictado únicamente por el precio que un vendedor desea cobrar, o por lo que un comprador desea pagar, sino que el precio de equilibrio que se establece en el mercado es el resultado de la disciplina impuesta por un intercambio que refleja la oferta y la demanda de los vendedores y los compradores que operan en él".[1]

7. Aunque son pertinentes para analizar si se otorga un beneficio (por cuanto ese aspecto determina si un productor ofrecería un producto de no ser por la intervención pública), los costos de producción son parámetros incompletos para informar los puntos de referencia, por cuanto afectan únicamente a la oferta en el mercado.[2] Para analizar propiamente un mercado y establecer por tanto adecuadamente sus puntos de referencia, es precisa una evaluación completa de compradores y vendedores, que atienda no sólo al precio al que los vendedores están dispuestos a ofrecer sus productos sino también al precio que los compradores están dispuestos a pagar por los bienes o servicios de que se trata.

8. Cuando hay una considerable participación estatal en el mercado, los precios privados pueden no ser un punto de referencia apropiado, como ha reconocido el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*. En ese asunto, el Órgano de Apelación destacó que la utilización de

[1] *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles* (informe del Órgano de Apelación, párrafo 981).

[2] "Reconocemos que, en determinadas circunstancias, los costos para el vendedor pueden ser un factor que considerar al evaluar si se proporcionaron bienes o servicios por una remuneración inferior a la adecuada. A nuestro modo de ver, sin embargo, la dificultad que plantea el análisis del Grupo Especial no es que éste consideró sus costos como un factor en su análisis, sino que los consideró como la única base de sus constataciones" (*CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles,* informe del Órgano de Apelación, párrafo 980).

puntos de referencia distintos debe estar conectada con "las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta) con miras a determinar, en última instancia, si los bienes en cuestión fueron suministrados por el gobierno por una remuneración inferior a la adecuada".[3]

9. En cuanto al punto de referencia apropiado que ha de utilizarse en el presente caso, el Brasil considera que deben tenerse en cuenta tanto la oferta como la demanda del mercado de energía. El punto de referencia no puede basarse únicamente en los precios a los que los productores de un tipo determinado de producto estén dispuestos a vender o en los precios que el gobierno establece, ni pueden servir de base para ese punto de referencia los precios no regulados en el mercado mayorista en un sector estratégico de una economía.

[3] *Estados Unidos – Madera blanda IV* (informe del Órgano de Apelación, párrafo 115).

ANEXO B-3

RESUMEN INTEGRADO DE CHINA

I. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DEL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 EN LA PRESENTE DIFERENCIA

1. El Canadá sostiene que la adquisición de electricidad renovable en el marco del Programa de tarifas reguladas (TR) está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT, por lo que está exenta de la disciplina del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

2. Para que sea aplicable la exención deben cumplirse varias condiciones, entre otras, que los productos se adquieran "para cubrir las necesidades de los poderes públicos" y "no para su reventa comercial". A juicio de China, estas expresiones se refieren a dos condiciones paralelas, y el incumplimiento de cualquiera de ellas supondrá la no aplicación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT.

a. Productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos

3. En su comunicación, el Canadá alega que una compra para cubrir las "necesidades de los poderes públicos" es una compra para alcanzar un objetivo del gobierno. A juicio de China, hay que interpretar la expresión "adquisición para cubrir las necesidades de los poderes públicos" en su conjunto. Si lo hacemos, el sentido corriente de la expresión será que el gobierno es la razón de la adquisición, se beneficia del resultado o efecto de ella o es su objeto o destinatario.

4. No cabe duda de que el destino de la electricidad "comprada" por el OPA es la incorporación a la red para su venta a usuarios finales de Ontario. En consecuencia, la electricidad se adquiere para esos usuarios finales y no para el gobierno. El gobierno no se beneficia directamente del resultado o efecto de la compra. Aunque el Gobierno de Ontario compra también la electricidad a través del OPA, la cantidad de electricidad consumida por él representa sólo una parte muy insignificante. En consecuencia, el gobierno no es el objeto o destinatario de la compra. Además, habida cuenta de que la mayor parte de la electricidad se vende a usuarios finales y no al gobierno, ¿cómo puede éste beneficiarse de esa "compra"? Por ello, China no encuentra convincente la afirmación del Canadá de que la "compra" del OPA es una compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos.

b. Productos no comprados para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial

5. China toma nota de la declaración del Canadá de que el OPA no trata de obtener beneficios, ni los obtiene de hecho, de la venta de electricidad renovable, sino que se limita a recuperar el costo de la compra de esa electricidad. No obstante, en opinión de China, el hecho de que el gobierno no obtenga ningún beneficio sólo prueba que la compra del OPA no constituye una reventa comercial, y el Grupo Especial debe proceder a examinar si la compra sirve a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Según el Canadá, la electricidad se distribuye en la red para su uso por todos los consumidores de Ontario, ya sean particulares, organismos públicos o empresas comerciales. La electricidad vendida a las empresas comerciales se utilizará seguramente para la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Aunque el Canadá aduce que ni el OPA ni ninguna otra entidad del Gobierno de Ontario utilizan la electricidad renovable comprada por el OPA para producir mercancías, el Canadá no puede impedir a otros usuarios finales de la electricidad que produzcan mercancías destinadas a la reventa comercial.

6. En conclusión, China considera que dado que la compra de electricidad por el OPA no es una compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos y que el OPA vende la electricidad a los usuarios finales, algunos de los cuales pueden utilizarla en la producción de mercancías destinadas a ventas comerciales, el Programa de tarifas reguladas no cumple los criterios del párrafo 8 a) del artículo III.

II. LA CUESTIÓN DE SI EL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS EN CUESTIÓN CONSTITUYE UNA SUBVENCIÓN EN EL SENTIDO DEL ACUERDO SMC

7. El Canadá aduce que el Japón no ha demostrado que con el Programa y los contratos de tarifas reguladas se otorgue un "beneficio" a los productores de electricidad eólica y solar acogidos al Programa en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8. El Japón propone cuatro puntos de referencia en apoyo de su alegación de que con el Programa de tarifas reguladas y los contratos correspondientes se otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, entre ellos el HOEP. El Canadá aduce que todos los elementos de comparación propuestos por el Japón son inadecuados, porque no reflejan la condición fundamental para que sea posible la compra en el marco de un contrato de tarifas reguladas, en concreto la producción de electricidad renovable. El Canadá ha destacado que el carácter extraordinario de los costos y de las condiciones de explotación hace inadecuada la comparación entre los precios de algunos o todos los tipos de electricidad no renovable, de un lado y de la electricidad eólica y solar, de otro, pero la afirmación del Canadá no parece convincente a China.

a. El otorgamiento o no de un beneficio no depende de la proporción de los receptores no subvencionados

9. El Canadá aduce que el Japón no ha demostrado que el Programa y los contratos de tarifas reguladas confieran un "beneficio" a los productores de electricidad eólica y solar acogidos al Programa en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

10. Como indicó el Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves*, sólo se conferirá un "beneficio", es decir una ventaja, con una contribución financiera, si ésta *se realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor en el mercado*.[1] Además, de conformidad con los criterios establecidos por el Órgano de Apelación en la diferencia DS379, para negar que el precio de mercado -el HOEP- constituya un punto de referencia apropiado, el Canadá tiene que demostrar que 1) el Gobierno de Ontario es el proveedor (o comprador) "*predominante*"; 2) hay una distorsión del mercado de electricidad de Ontario debida al papel "predominante" del Gobierno de Ontario; 3) la concurrencia de otros factores. No obstante, el Canadá se limita a declarar que el 92% de los productores percibieron un precio superior al HOEP, por lo que parece que el Gobierno de Ontario es el comprador *"predominante"*, pero no aclara en detalle las razones por las que el papel "predominante" del Gobierno de Ontario distorsiona el mercado, ni analiza detalladamente si hay o no otros factores que puedan afectar al punto de referencia apropiado para la evaluación. Por ello, a juicio de China, la negación por el Canadá de la existencia de un "beneficio" no se ajusta al requisito establecido por el Órgano de Apelación a ese respecto.

[1] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 149 (las cursivas figuran en el original).

b. El otorgamiento o no de un beneficio no depende de los costos del receptor de la subvención

11. El Canadá aduce que la producción de energía eólica y solar precisa importantes inversiones de capital y ha de hacer frente a considerables gastos fijos corrientes, y que ningún inversor en la generación de energía eólica o solar que actúe racionalmente vendería en ningún caso la electricidad a un precio inferior al costo y sostiene, en consecuencia, que los precios de referencia propuestos por el Japón, que son inferiores al costo de producción, no pueden constituir un punto de referencia apropiado para determinar la existencia del "beneficio".[2] China tampoco acepta esta tesis.

12. A juicio de China, el costo de la producción no determina el precio de referencia. Como se ha indicado antes, el otorgamiento de un beneficio depende de la existencia o no de una ventaja en comparación con los precios que pueden obtenerse en el mercado, y es evidente que no depende de los costos del receptor de las subvenciones.

13. El Canadá aduce que el costo de producción de energía a partir de fuentes renovables es mayor que el de la producción de otras formas de energía. No obstante, aunque lo que aduce el Canadá es cierto, los costos elevados sólo pueden probar la existencia de la subvención, porque de no ser por la intervención del gobierno no habría ninguna razón para que los usuarios finales que actúen racionalmente pagaran más para adquirir la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, ya que su calidad no es superior a la de la electricidad generada a partir de combustibles fósiles. Dado que la electricidad obtenida de fuentes de energía renovables y la obtenida de otras formas de energía son similares y comparables, no entendemos por qué razón el HOEP correspondiente a la electricidad obtenida a partir de otras formas de energía no puede constituir un punto de referencia apropiado. Volviendo atrás, aún en caso de que el HOEP no fuera un punto de referencia apropiado, seguimos sin entender la razón por la que los costos de producción del receptor de las subvenciones habrían de considerarse determinantes para evaluar la existencia del otorgamiento de un "beneficio", para lo que no hay fundamento jurídico ni en los Acuerdos ni en la jurisprudencia de la OMC.

14. En conclusión, China considera que la tesis del Canadá en relación con el "beneficio" no es compatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y la jurisprudencia pertinente de la OMC.

III. LA CUESTIÓN DE SI LA LIMITACIÓN DE LAS EXPORTACIONES PUEDE CONSIDERARSE "SOSTENIMIENTO DE LOS INGRESOS" EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 A) 2) DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

15. China ha señalado que el párrafo 33 de la comunicación de la Unión Europea en la diferencia DS426 se remite a los asuntos *Estados Unidos - Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones* (DS194) y *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* (DS394, DS395 y DS398) para sostener que las limitaciones de las exportaciones pueden considerarse "sostenimiento de los ingresos" en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

16. China sostiene que la limitación de las exportaciones no constituye "sostenimiento de los ingresos o de los precios" y aclara su razonamiento como sigue:

17. En primer lugar la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios", interpretada en su contexto, no agota todas las intervenciones gubernamentales que pueden tener efectos sobre los

[2] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 147.

ingresos o sobre los precios, como los aranceles y las restricciones cuantitativas. A juicio de China, la interpretación de la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" debe basarse en la naturaleza de la acción del gobierno y no únicamente en los efectos de esa acción.

18. En segundo lugar, la aplicación del criterio de los "efectos" a la existencia de un "sostenimiento de los ingresos o de los precios" tendría consecuencias de largo alcance. En concreto, parecería suponer que cualquier medida del gobierno que genere condiciones del mercado favorables al aumento de la oferta de un producto en el mercado interno o dé lugar a tal aumento constituye un "sostenimiento de los ingresos o de los precios" y por ende una "subvención" en el sentido del Acuerdo SMC. El criterio de los efectos exagera inevitablemente el alcance razonable de la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios".

19. En tercer lugar, dado que el artículo XI del GATT de 1994 se ocupa de la obligación de los Miembros de proceder a la "eliminación general de las restricciones cuantitativas", es muy dudoso que el concepto de "sostenimiento de los ingresos o de los precios" del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC persiga la inclusión de esa acción del gobierno en el ámbito del Acuerdo SMC.

20. En cuarto lugar, señalamos que se incluye un concepto de "sostenimiento de los precios del mercado" en el Anexo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura, que establece que el "sostenimiento de los precios del mercado" se calcula en función de la diferencia entre un precio externo de referencia y el "precio administrado aplicado", lo que indica que para que se pruebe la existencia de un "sostenimiento de los precios" se requiere que el gobierno tenga un control directo del precio interno. En consecuencia, en lo que respecta al "sostenimiento de los ingresos o de los precios" lo fundamental es la acción directa del gobierno y su naturaleza, y no una variación de los precios que sea efecto indirecto de otra forma de intervención gubernamental.

21. Por último, la Unión Europea se remite, para llegar a su conclusión, al párrafo 7.430 del informe del Grupo Especial en *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* (DS394, DS395 y DS398), pero pasa por alto la nota de pie de página que añade a ese párrafo el Grupo Especial y en la que se manifiesta expresamente que "el uso aquí del término 'subvención' no implica conclusiones jurídicas en el marco del Acuerdo de la OMC sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias".[3]

22. En síntesis, China considera que la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" debe interpretarse restrictivamente, y que la limitación de las exportaciones no constituye "sostenimiento de los ingresos o los precios". No obstante, una vez dicho esto, China no impugna la afirmación de la Unión Europea de que los programas de tarifas reguladas de que se trata constituyen subvenciones, sino que simplemente está en desacuerdo con la utilización por la Unión Europea de un ejemplo inadecuado de limitación de las exportaciones para aclarar la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios".

[3] Informe del Grupo Especial, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* (DS394, DS395 y DS398), nota 674 de pie de página.

ANEXO B-4

RESUMEN INTEGRADO DE EL SALVADOR*

I. INTRODUCCIÓN

1. El Salvador indicó su interés de participar en calidad de tercero en el presente procedimiento debido a que en él se tratan diversas cuestiones de carácter sistémico, principalmente relacionadas con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. El Salvador considera que los subsidios son herramientas centrales en el manejo de la política comercial de los países, dado que estos esquemas, en ciertos casos, resultan indispensables para promover un desarrollo económico y social de los países.

2. En este escrito se abordarán dos temas de importancia sistémica para El Salvador: a) el elemento esencial de que la subvención debe ser de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro; y b) el sostenimiento de los ingresos o de los precios se haga en "el sentido del artículo" XVI del GATT de 1994.

II. ANÁLISIS

A. DE UN GOBIERNO O DE CUALQUIER ORGANISMO PÚBLICO EN EL TERRITORIO DE UN MIEMBRO

3. En la presente disputa existe un debate respecto a la naturaleza de la relación de distintos entes que operan en el mercado de energía renovable de la Provincia de Ontario, tal y como se deja ver en la pregunta número 15 de las preguntas del Grupo Especial a las Partes.

4. El Salvador considera importante enfatizar lo relativo al papel que juega en este esquema que las LDC ("Local Distribution Company" por sus siglas en inglés) sean propiedad del Gobierno municipal de Ontario, dado el papel preponderante que los reclamantes argumentan éstas tienen en el funcionamiento de la transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos en el sentido que establece el artículo 1.1. a) 1 del ASCM a los generadores TR.[1]

5. A este respecto deseamos hacer notar que el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China* solicitó que al determinar la presencia de un gobierno o de un organismo público ante un subsidio las autoridades investigadoras y los grupos especiales deben realizar una "*evaluación minuciosa de la entidad en cuestión y que identifiquen los rasgos que comparte con el gobierno en sentido estricto y su relación con él, teniendo en cuenta, en particular, si la entidad ejerce facultades en nombre del gobierno. Al hacer esta determinación, las autoridades investigadoras deben evaluar y tener debidamente en consideración todas las características pertinentes de la entidad y, cuando formulen su determinación definitiva sobre la manera en que debería caracterizarse esa entidad, deben evitar centrarse exclusiva o indebidamente en una sola característica, sin considerar debidamente otras que puedan ser pertinentes*".[2]

---

* El presente resumen integrado se redactó inicialmente en español.

[1] Anexo 1 de la Primera Comunicación Escrita del Japón (DS412), Reproducción de flujos de Energía y de Dinero, diagramas presentados como figuras 2 y 3.

[2] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, párrafo 319.

6. Lo anterior lo consideramos de relevancia para esta controversia ya que por un lado permitirá verificar el monto de transacciones financieras a favor de Generadores TR en concepto de tarifas de generación energética, en ejercicio de facultades que competen al Gobierno municipal de Ontario, ya que ambos reclamantes el Japón y la Unión Europea han asegurado que la "*mayoría*" de LDC son propiedad del Gobierno municipal de Ontario.

B. EL SOSTENIMIENTO DE LOS INGRESOS O DE LOS PRECIOS SE HAGA EN "*EL SENTIDO DEL ARTÍCULO*" XVI DEL GATT DE 1994

7. En su primera contribución como tercero en esta disputa El Salvador hizo referencia al requisito que la forma del sostenimiento de los ingresos o de los precios del artículo 1.1. a) 2 del ASCM se haga en "*el sentido del artículo*" XVI del GATT de 1994.[3]

8. En la misma expresábamos que a nuestra manera de ver se deberían proveer parámetros objetivos para que el Grupo Especial pueda determinar que ha existido una reducción de las importaciones de los equipos generadores de energía renovable y componentes a favor de estos productos provenientes de la Provincia de Ontario.

9. Notamos además que el Grupo Especial, en su pregunta número 20 a las Partes, se ha referido a este componente del artículo 1.1. a) 2 del ASCM.

10. Para El Salvador la disposición en cuestión del ASCM requiere que lo establecido por el artículo XVI.1 del GATT de 1994 se compruebe, es decir de qué manera "*directa o indirectamente*" tenga por efecto "*reducir las importaciones de este producto en su territorio*".

11. El Acuerdo requiere que se trate de un sostenimiento de precios calificado. Para medir esto se deberían tener en cuenta los efectos directos o indirectos en el comercio a través de las importaciones y exportaciones del producto subvencionado. En ese sentido existirá un sostenimiento de precios en la medida que genere o produzca efectos en la reducción de importaciones.

12. Consideramos que las metodologías utilizadas en otras normativas de la OMC pueden ser utilizadas para la medida en examen en esta controversia, por ejemplo en el ámbito de salvaguardias existe una manera para examinar la correlación entre el incremento de daño y la rama de producción; ésta puede ser por correlación del tiempo: es decir se verifica si existe una correlación entre el tiempo que se dio el incremento de importaciones y el daño; y el otro es el análisis de las condiciones de competencias: entre las importaciones y el producto similar nacional.

13. A manera de ver de El Salvador debe de examinarse y determinarse positivamente a través de la metodología empleada que el sostenimiento de los ingresos o de los precios se ha hecho en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994.

III. CONCLUSIÓN

14. El presente caso entraña importantes preguntas de carácter sistémico sobre la aplicación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, por lo que El Salvador espera que el Grupo Especial tome en consideración lo antes expuesto.

[3] Primera comunicación escrita de El Salvador (DS426), párrafos 13-16.

ANEXO B-5

RESUMEN INTEGRADO DE LA UNIÓN EUROPEA (WT/DS412)

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN B-16
II. SOLICITUD DE UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR EL CANADÁ B-16
III. MEDIDAS EN LITIGIO B-16
IV. ACUERDO SMC B-16
V. GATT DE 1994 ..... B-17
VI. ACUERDO SOBRE LAS MIC B-18

I. INTRODUCCIÓN

1. La Unión Europea interviene en el presente asunto por su interés sistémico en la interpretación de algunas disposiciones fundamentales del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC"), el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"), el *Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio* ("Acuerdo sobre las MIC") y el *Entendimiento sobre las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD"). La Unión Europea tiene además un interés comercial sustancial en este asunto, que le indujo a presentar su propia solicitud de celebración de consultas con el Canadá el 11 de agosto de 2011 (DS426). En el contexto de su intervención en calidad de tercero, la Unión Europea expondrá sus opiniones sobre las alegaciones jurídicas formuladas por el Japón, sin adoptar una posición definitiva sobre los hechos concretos del presente asunto ni prejuzgar sus posibles argumentos y alegaciones en el contexto de la diferencia DS426.

II. SOLICITUD DE UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR EL CANADÁ

2. La Unión Europea no comprende la razón por la que las partes no facilitaron a los terceros copias de sus comunicaciones cuando las presentaron. La realización de un proceso con las debidas garantías es un principio fundamental del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que informa las disposiciones del ESD y encuentra su reflejo en ellas. Implica que "en el curso de los procedimientos de los grupos especiales se tendrán plenamente en cuenta" los intereses y opiniones de los terceros, lo que sólo es posible si las partes facilitan a éstos copias de sus comunicaciones cuando las presentan (o poco tiempo después). La Unión Europea tampoco comprende por qué el Grupo Especial no dio traslado a los terceros de las comunicaciones de las partes cuando las recibió y, en todo caso, antes de adoptar una decisión preliminar sobre las cuestiones planteadas por el Canadá. En lo que respecta al fondo del asunto, la Unión Europea coincide con el Japón en que la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá no está justificada.

III. MEDIDAS EN LITIGIO

3. La Unión Europea entiende que el Japón impugna el Programa de tarifas reguladas (TR) (incluido el Programa de microtarifas reguladas (microTR)) y los contratos de tarifas y microtarifas reguladas.

IV. ACUERDO SMC

4. La Unión Europea coincide con el Japón en que las medidas en litigio (el Programa de tarifas reguladas y los contratos de tarifas y microtarifas reguladas), al imponer a los productores de electricidad fotovoltaica eólica y solar acogidos al Programa una prescripción de contenido nacional como condición para percibir por la electricidad tarifas garantizadas, superiores a las del mercado, otorgarían subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, que están prohibidas por los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5. La Unión Europea considera que el Programa de tarifas reguladas supone una subvención conforme a la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. En primer lugar, con independencia de que se considere que constituye una transferencia directa de fondos o una posible transferencia directa de fondos, implica una contribución financiera del Gobierno de Ontario, a través de sus organismos públicos (y, en particular, a través del OPA) y/o de entidades privadas a las que el Gobierno encomienda u ordena la realización de pagos en el marco del Programa (por ejemplo, las empresas de distribución locales). La provincia canadiense de Ontario, mediante el contrato de tarifas reguladas firmado por el OPA y el productor acogido al Programa, se compromete a pagar el precio

convenido por la electricidad generada por este último. A juicio de la Unión Europea, la calificación que mejor cuadra a este compromiso es la de una "transferencia directa de fondos" en el sentido del inciso i) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque los pagos futuros se realizan sin ninguna otra condición (salvo la impuesta por la propia naturaleza del contrato, es decir la entrega prevista de la electricidad a cambio del pago). En segundo lugar, subsidiariamente, debe considerarse que el Programa de tarifas reguladas proporciona al productor acogido al Programa, mediante los precios garantizados, un tipo de sostenimiento de los ingresos o de los precios, en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1. En tercer lugar, el Programa de tarifas reguladas otorga además un beneficio al receptor, es decir al productor acogido al Programa. El Programa dará lugar en la mayoría de los casos a un beneficio para ese productor resultante de la diferencia entre los precios del mercado y los precios garantizados. A juicio de la Unión Europea, en un análisis *ex ante*, la evaluación del beneficio debe atender fundamentalmente a la referencia de mercado pertinente en el momento en que se proporciona la contribución financiera al receptor, lo que implica un análisis de lo que un participante en el mercado podría conseguir en el mismo en ese momento. Esa referencia se basa en una proyección de los rendimientos que se prevé que se obtengan como resultado de la contribución financiera. El Japón ha aclarado esto de varios modos. Independientemente de la forma en que el Grupo Especial aborde esta cuestión, la Unión Europea considera que con el Programa de tarifas reguladas se otorga un beneficio al receptor.

6. La subvención parece estar "supeditada" al cumplimiento de las prescripciones de contenido nacional por cuanto éste es obligatorio: si el productor acogido al Programa no demuestra que ha cumplido las prescripciones de contenido nacional antes de dar comienzo a sus operaciones, habrá un incumplimiento del contrato. Además, el Programa de tarifas reguladas exigiría el empleo de los productos nacionales con preferencia a los importados "como condición única o entre otras varias condiciones".

V. GATT DE 1994

7. Según el Japón, el equipo de generación de energía renovable fabricado en Ontario y el importado del Japón, y, hasta donde alcanza el conocimiento de la Unión Europea, el fabricado también en otros países, son "productos similares" en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La Unión Europea coincide con el análisis del Japón. Según la información facilitada por ese país, las medidas impugnadas son "prescripciones" en el sentido del párrafo 4 del artículo III. Sobre la base de esa información, la red de contenido nacional es exigible, sobre todo habida cuenta de que el incumplimiento de esas prescripciones de contenido nacional implica un incumplimiento del contrato. En lo que respecta a la cuestión de si la medida afecta a la venta, la compra y el uso de los productos importados en el mercado interno, la Unión Europea desea recordar que es suficiente que pueda preverse razonablemente que la medida modifique desfavorablemente las condiciones de competencia, por lo que basta analizar, sobre la base de los elementos de hecho disponibles, si ello es así en el caso de las medidas impugnadas por el Japón.

8. La Unión Europea considera que el párrafo 4 del artículo III no requiere un análisis de los efectos reales de la medida en litigio sobre la venta de productos importados. En relación con la cuestión de si el Japón ha satisfecho la carga de la prueba que le incumbe en lo que respecta a la modificación por la medida impugnada de las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, la Unión Europea observa que el Órgano de Apelación ha señalado recientemente que el análisis de si se concede a los productos importados un trato menos favorable exige un examen cuidadoso que debe basarse en un análisis detallado del sentido y efectos fundamentales de la medida misma, con inclusión de las consecuencias de la medida de que se trate para las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares. Sin embargo, según el Órgano de Apelación, no es necesario que este análisis se base en datos empíricos sobre los efectos reales de la medida en litigio en el mercado interno del Miembro de

que se trate. El Programa de tarifas reguladas genera en los productores de energía eólica y solar fotovoltaica establecidos en Ontario incentivos para utilizar equipo de generación de energía renovable producido en esa provincia canadiense. En particular, sobre la base de la información facilitada en la primera comunicación escrita del Japón, puede decirse que el Programa de tarifas reguladas vincula la tarifa estándar garantizada contractualmente únicamente al empleo (en un grado importante, véase la red de contenido nacional) de productos provenientes de Ontario.

9. Por último, sobre la base de los datos facilitados en la primera comunicación escrita del Japón, la Unión Europea hace suyo el análisis relativo a la inaplicabilidad del párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994. En primer lugar, no parece existir ninguna "adquisición" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III. El Gobierno de Ontario no adquiere en ningún momento ningún producto para su propio uso o en su propio beneficio en el marco del Programa de tarifas reguladas. En todo caso, parece que incluso si se pudiera aducir que lo hace, *quod non*, sólo lo haría para destinar ese producto a la reventa comercial o para utilizarlo en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial. Según se desprende de la información facilitada por el Japón, la electricidad entregada en el marco del Programa de tarifas reguladas se vende a todos los consumidores a precios comerciales. En segundo lugar, tampoco es aplicable la excepción del párrafo 8 b) del artículo III. Lo que sostiene el Japón no es que el Programa de tarifas reguladas favorezca a los productores de energía renovable establecidos en Ontario, sino que ese Programa establece una discriminación contraria al equipo de generación de energía renovable importado. Según una jurisprudencia constante, el párrafo 8 b) del artículo III no puede utilizarse como defensa respecto de medidas que establecen una discriminación entre los productos importados y los nacionales.

10. En consecuencia, la Unión Europea considera que las medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

VI. ACUERDO SOBRE LAS MIC

11. Según el Japón, el Programa de tarifas reguladas y los contratos de tarifas y microtarifas reguladas son además incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC. La Unión Europea coincide en líneas generales con la evaluación del Japón. Además de los argumentos expuestos por ese país, la Unión Europea desearía destacar que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Indonesia - Automóviles* señaló que el Acuerdo sobre las MIC es "un acuerdo que tiene entidad propia dentro del sistema de la OMC", que se aplica independientemente del artículo III del GATT y que contiene disposiciones transitorias especiales, incluidas prescripciones de notificación, y llegó a la conclusión de que ese Acuerdo tiene una "existencia jurídica autónoma". En ese asunto, el Grupo Especial decidió examinar en primer lugar las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo sobre las MIC "puesto que éste es más específico que el párrafo 4 del artículo III en lo que respecta a las alegaciones que examinamos". La Unión Europea opina que en caso de que el presente Grupo Especial siga el enfoque adoptado por el que examinó el asunto *Indonesia - Automóviles*, se cumplirían los requisitos para constatar una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

12. Por último, la Unión Europea señala también que las medidas en litigio estarían abarcadas por el punto 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC, que se refiere a una categoría de medidas que se supone que son incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. La constatación de que una medida está abarcada por el punto 1 a) del Anexo del Acuerdo sobre las MIC da lugar, por sí misma, a la constatación de una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC y, por ende, a la constatación de una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT en 1994. En consecuencia, a juicio de la Unión Europea, no es preciso que el Grupo Especial examine en primer lugar si hay una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 para llegar después a la conclusión de que existe una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

ANEXO B-6

RESUMEN INTEGRADO DEL JAPÓN (WT/DS426)

CUADRO DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Descripción
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
CE	Comunidades Europeas
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
OED	*Oxford English Dictionary*
OMC	Organización Mundial del Comercio
OPA	Organismo de Energía de Ontario

CUADRO DE ASUNTOS

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Determinadas cuestiones aduaneras	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras*, WT/DS315/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS174/R, adoptado el 20 de abril de 2005
China - Materias primas	Informes del Órgano de Apelación, *China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/AB/R/ WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, distribuidos a los Miembros de la OMC el 30 de enero de 2012, adoptados el 22 de febrero de 2012
Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000
Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley antidumping de 1916, Reclamación presentada por las Comunidades Europeas*, WT/DS136/R y Corr.1, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212/R, adoptado el 8 de enero de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS212/AB/R
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998

1. El Japón aborda en esta comunicación tres cuestiones: i) la insuficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea; ii) la pertinencia de la caracterización de las medidas en la legislación interna a efectos del ordenamiento jurídico de la OMC; y iii) el sentido de "sostenimiento de los ingresos o de los precios".[1]

I. LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA ES SUFICIENTE DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 6 DEL ESD, Y, EN CONSECUENCIA, EL GRUPO ESPECIAL DEBE RECHAZAR LA SOLICITUD DE RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR EL CANADÁ

2. En una carta de fecha 14 de febrero de 2012 dirigida al Grupo Especial, el Canadá reiteró la solicitud de una resolución preliminar que había formulado con respecto a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón en la diferencia DS412. El Grupo Especial encargado de examinar la diferencia DS412 no encontró justificada la solicitud del Canadá y declaró expresamente que "no estaba convencido de que la solicitud del Canadá estuviera fundada".[2] De forma análoga, este Grupo Especial debe determinar que la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá en la presente diferencia carece de fundamento en gran medida por las mismas razones expuestas por el Japón en su respuesta de 11 de noviembre de 2011 a la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá en la diferencia DS412.[3]

3. El Canadá plantea dos nuevas cuestiones a las que no se hizo referencia en la diferencia DS412 y que requieren respuesta. En primer lugar, sugiere que el reciente informe del Órgano de Apelación en el asunto *China - Materias primas* respalda una constatación de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea es insuficiente. En segundo lugar, sugiere que el empleo por la Unión Europea de una expresión que el Japón no utilizó en su propia solicitud de establecimiento de un grupo especial en la diferencia DS412 -"superiores a los del mercado"- pone de manifiesto que esa solicitud era insuficiente. Por las razones que exponemos a continuación consideramos que esos argumentos del Canadá carecen de fundamento.

A. EL ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN EN *CHINA - MATERIAS PRIMAS* NO RESPALDA UNA CONSTATACIÓN DE QUE LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA ES INSUFICIENTE

4. La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea es suficiente de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y una decisión del presente Grupo Especial de rechazar la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá sería plenamente compatible con el razonamiento seguido por el Órgano de Apelación en *China - Materias primas*. El Japón señala además que en ese asunto el Órgano de Apelación se basó en gran parte en la misma jurisprudencia de la que se ocuparon las partes en la diferencia DS412 en sus comunicaciones sobre esta cuestión.[4]

---

[1] Para comenzar, el Japón indica que incorpora a la diferencia DS426 los argumentos que ha expuesto en la diferencia DS412, en la medida en que sean aplicables.

[2] Comunicación del Grupo Especial a las partes, WT/DS412, 21 de noviembre de 2011.

[3] Respuesta del Japón a la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá, WT/DS412, 17 de noviembre de 2011.

[4] *Véanse* los informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafos 218-235. El Canadá parece basarse fundamentalmente en el hecho de que el Órgano de Apelación reiterara en esa diferencia su constatación de que un breve resumen de los fundamentos jurídicos en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 debe "explicar sucintamente *cómo o por qué* el Miembro reclamante considera que la medida en

5. El Órgano de Apelación ha destacado en *China - Materias primas* que una determinación de suficiencia de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 "implica un análisis caso por caso".[5] Además, la determinación de suficiencia "puede depender de si está suficientemente claro qué medida o grupo de medidas causa qué 'problema'", y de si "la capacidad de un grupo especial para llevar a cabo su función jurisdiccional"[6] se encuentra menoscabada.

6. La cuestión fundamental que se plantea en la presente diferencia es si en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea "se ha[ce] una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad".[7] En *China - Materias primas*, el Órgano de Apelación, basándose en su jurisprudencia anterior, aclaró que "la breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD debería 'explicar sucintamente *cómo o por qué* el Miembro reclamante considera que la medida en litigio infringe la obligación derivada de las normas de la OMC de que se trata'".[8]

7. El Órgano de Apelación concluyó en *China - Materias primas* que la solicitud de establecimiento de un grupo especial en litigio en esa diferencia no cumplía en este aspecto lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.[9] Observó además que las disposiciones de la OMC enumeradas "inclu[ían] una amplia gama de obligaciones distintas"[10] y constató que la solicitud de establecimiento del grupo especial era insuficiente de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 habida cuenta de que "no se h[abí]an establecido vínculos lo suficientemente claros entre la amplia gama de obligaciones que figuran [en las 13 disposiciones de los Acuerdos de la OMC enunciadas] y las 37 medidas impugnadas".[11]

8. Ninguno de esos hechos y circunstancias concurre en la presente diferencia (ni en la diferencia DS412). La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea no incluye una amplia gama de medidas y disposiciones de la OMC, sin establecer vínculos suficientemente claros entre las medidas y las obligaciones jurídicas que se alega que se han infringido, sino que en esa solicitud se hace patente qué "problema"[12] en lo que respecta al Acuerdo SMC causan las medidas enumeradas relativas al Programa de tarifas reguladas (TR): las medidas en cuestión son "subvenciones", en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC,

---

litigio infringe la obligación derivada de las normas de la OMC de que se trata". Informes del Órgano de Apelación, *China -Materias primas*, párrafo 226, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 130. Sin embargo, el Japón señala que en su comunicación relativa a la resolución preliminar en la diferencia DS412, el Canadá formuló ya sus argumentos basados en esta constatación del Órgano de Apelación en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* (véase el anexo 1 de la comunicación de 14 de febrero de 2012 presentada en relación con la resolución preliminar por el Canadá en la diferencia DS426, párrafo 5), pero su solicitud fue rechazada pura y simplemente por el Grupo Especial en la diferencia DS412. Véase la comunicación de 21 de noviembre de 2011 del Grupo Especial a las partes en la diferencia DS412. En consecuencia, los argumentos someros que expone el Canadá en la diferencia DS426 basándose en la simple reiteración por el Órgano de Apelación de su constatación anterior no bastan para establecer una presunción *prima facie* que pueda alterar la resolución preliminar del Grupo Especial en la diferencia DS412 o justifique apartarse de ella.

[5] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 220.

[6] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 220.

[7] ESD, párrafo 2 del artículo 6.

[8] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 226 (las cursivas figuran en el original), donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 130.

[9] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 226.

[10] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 228.

[11] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 234.

[12] ESD, párrafo 2 del artículo 6.

que "se conceden supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" y son por ello incompatibles con los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC. La Unión Europea no deja sin aclarar "cómo o por qué"[13] las medidas en litigio vulneran las obligaciones derivadas de los Acuerdos de la OMC de que se trata. Y esas obligaciones se enuncian en los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y no en el párrafo 1 de su artículo 1. En consecuencia, es evidente que el razonamiento seguido por el Órgano de Apelación en *China - Materias primas*, considerado en el contexto de los hechos que concurrían en esa diferencia, *respalda* una constatación del presente Grupo Especial en el sentido de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea es suficiente de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

B. LA PRESENCIA (O AUSENCIA) DE LA EXPRESIÓN "SUPERIORES A LOS DEL MERCADO" EN LA SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA CARECE DE IMPORTANCIA

9. Además, es difícil entender qué importancia podría atribuir el Grupo Especial en su examen de la solicitud de una resolución preliminar presentada por el Canadá en la que este país alega que no se ha hecho una breve exposición de los *fundamentos de derecho* de la reclamación a la expresión "superiores a los del mercado" que la Unión Europea ha incorporado a su descripción de las *medidas* en litigio.

II. LA CALIFICACIÓN Y EL TRATO DADOS POR EL GOBIERNO DE ONTARIO A SU PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS NO DETERMINA LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 Y DEL INCISO III) DEL PÁRRAFO 1 A) 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

10. El Canadá afirma que a tenor de la caracterización que se hace del Programa de tarifas reguladas y del trato que se da al mismo en el texto de las medidas de Ontario en litigio, el Programa de tarifas reguladas constituye la "adquisición" o "compra" de electricidad renovable en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994[14], y la "compra" de esa electricidad en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.[15] Sin embargo, la calificación y el trato que el Programa recibe en el texto de las medidas internas no puede ser pertinente a la aplicación o interpretación de esas disposiciones de los Acuerdos de la OMC, ni, de forma más general, a la determinación de si se han infringido obligaciones derivadas de las normas de la OMC, porque los grupos especiales de la OMC deben considerar elementos de hecho las medidas internas; el texto de los acuerdos debe ser interpretado por ellos de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y posteriormente se debe aplicar a los hechos disponibles la interpretación jurídica adecuada para determinar si se ha producido una infracción. De hecho, no vincularía más al Grupo Especial en su análisis el hecho de que el Gobierno de Ontario hubiera declarado expresamente en sus contratos de tarifas reguladas "se entiende que el presente contrato es compatible con las disposiciones del GATT de 1994" o "el presente contrato constituye una adquisición conforme al Acuerdo sobre Contratación Pública".

11. Una conclusión en sentido contrario equivaldría a atribuir al Canadá la facultad de determinar si sus medidas son compatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC, lo que, según declaró el

[13] Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 226.
[14] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 16 y 17.
[15] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 54.

Órgano de Apelación en *India - Patentes (Estados Unidos)* "es claro que […] no puede ser así".[16] En pocas palabras, la interpretación o caracterización que hace un Miembro de sus propias medidas internas no vincula a los grupos especiales de la OMC[17], sino que, como sintetizó acertadamente el Grupo Especial en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, la tarea de éstos consiste en "determinar el significado de [las medidas] objeto de la diferencia como elemento fáctico y comprobar si ese elemento fáctico constituye un comportamiento del Miembro demandado contrario a las obligaciones que le incumben en la OMC".[18]

12. Por razones análogas, la forma precisa en que un Miembro opta por aplicar su sistema fiscal tiene escasa relevancia para determinar si una transacción concreta es o no una "adquisición" o "compra" en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 y/o una "compra" en el sentido del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Estamos ante una cuestión fiscal interna del Gobierno del Miembro de que se trate, y no cabe duda de que un gobierno puede optar por gravar muchas actividades distintas de la compra. En todo caso, el hecho alegado indica que el Gobierno de Ontario ha determinado el ámbito de las "ventas" sujetas a su impuesto sobre las "ventas".[19] Se trata exclusivamente de una cuestión de calificación jurídica en el *ordenamiento jurídico interno*, que no puede vincular al Grupo Especial en su calificación jurídica de la medida gubernamental en litigio en el marco del *Acuerdo sobre la OMC*.

III. EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO XVI DEL GATT DE 1994 NO LIMITA EL "SOSTENIMIENTO DE LOS INGRESOS O DE LOS PRECIOS" AL SOSTENIMIENTO PROPORCIONADO A LAS MERCANCÍAS EN LAS QUE LA SUBVENCIÓN TIENE UNA INCIDENCIA EFECTIVA

13. El Canadá indica que para que el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" constituya una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, es preciso que éste se proporcione a las mercancías en cuyo comercio tiene una incidencia efectiva. El Canadá basa esta tesis en las prescripciones de notificación enunciadas en el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994, y sobre todo en su opinión de que la referencia a "un producto cualquiera" que se hace en esa disposición "no es una referencia a los insumos no subvencionados" sino "al objeto de la supuesta subvención".[20]

14. El Japón señala que el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 no define el sentido de "subvención"; la definición de "subvención" se encuentra en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. El párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 establece las condiciones en que

---

[16] Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 66.

[17] *Véanse* el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.55; el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.19; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)*, párrafo 6.51.

[18] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 6.38, donde se citan el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.18 y el informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 66.

[19] El Japón observa además que el impuesto concreto de que se trata es descrito como un impuesto "que se aplica al *suministro* de la mayoría de los bienes y servicios en el Canadá", por lo que no parece que sea un impuesto que se aplique a la "compra" de bienes y servicios, a pesar de la denominación de "impuesto sobre las ventas". *Véase* Canada Revenue Agency, How GST/HST Works, Canadá-Prueba documental 56 (sin cursivas en el original). Esto pone aún más de relieve la razón por la que los grupos especiales no deben basarse, al aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico de la OMC, en la calificación que se dé a una medida en el ordenamiento jurídico interno de un Miembro.

[20] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 61 y 62.

serán aplicables las prescripciones de notificación y la obligación de examen conjunto que impone esa disposición.

15. El párrafo 1 del artículo XVI, en la medida en que pueda servir de contexto pertinente para interpretar la expresión "sostenimiento de los ingresos o de los precios" del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no respalda la tesis del Canadá. El Canadá no aporta ningún elemento ni hace ningún análisis que apoye su interpretación de que con la expresión "un producto cualquiera" se hace referencia al "objeto de la supuesta subvención" y no a "los insumos no subvencionados". Merece la pena destacar que el párrafo 1 del artículo XVI emplea la expresión "*any* product" (*un* producto *cualquiera*) y no una expresión como "*like* product" (producto s*imilar*).[21] En relación con la definición de "any" (cualquiera), el *Oxford English Dictionary* indica lo siguiente: "In affirmative sentences it asserts concerning a being or thing of the sort named, without limitation as to which, and thus constructively of *every* one of them, since every one may in turn be taken as a representative" (en las frases afirmativas, afirma con respecto a un ser o una cosa del tipo indicado sin limitación en cuanto al ser o la cosa designada y por consiguiente, por inferencia, con respecto a *cada uno* de ellos, puesto que cada uno de ellos puede ser tomado como representante).[22] Así pues, la expresión "un producto cualquiera" del párrafo 1 del artículo XVI hace referencia a todo producto, incluidos los insumos no subvencionados, cuyas exportaciones puedan aumentar o cuyas importaciones puedan disminuir a consecuencia del sostenimiento de los ingresos o de los precios proporcionado. Dicho de otra forma, para que el "sostenimiento de los ingresos o de los precios" esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo XVI del GATT y por tanto se entienda en el sentido del párrafo 1 a) 2) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no es necesario que se proporcione a un producto no ya idéntico, sino ni siquiera "similar" a los productos afectados. El sostenimiento de los ingresos o de los precios proporcionado a un producto está comprendido en la definición de "subvención" si aumenta las exportaciones o reduce las importaciones de *un producto cualquiera*, ya sea éste un producto idéntico, un producto "similar" o cualquier otro producto.

[21] Sin cursivas en el original.
[22] *The Oxford English Dictionary*, OED Online, Oxford University Press, http://www.oed.com/view/Entry/8973 (las cursivas figuran en el original).

ANEXO B-7

RESUMEN INTEGRADO DE COREA

1. A juicio de Corea, las medidas adoptadas por Ontario que son objeto de la presente diferencia parecen destinadas, fundamentalmente, a dar respuesta a una cuestión crítica que plantea la protección del medio ambiente: la necesidad de proporcionar incentivos que alienten el desarrollo de métodos de generación de electricidad que resulten ambientalmente sostenibles y económicamente viables. Es esencial que las disposiciones de los Acuerdos de la OMC no pongan trabas a los esfuerzos que se hacen en ese sentido a nivel mundial. Al mismo tiempo, no debe permitirse que el objetivo de promover políticas energéticas respetuosas con el medio ambiente sirva de pretexto para la adopción de medidas discriminatorias destinadas, no a proteger el medio ambiente, sino a promover la producción nacional con preferencia a las importaciones.

2. Habida cuenta de esto, la presente diferencia entraña importantes consecuencias sistémicas que van más allá de los detalles fácticos de los programas de incentivos de Ontario. La decisión del Grupo Especial en el presente caso constituirá una importante indicación en cuanto a la forma en que pueden y deben conciliarse las medidas adoptadas para desarrollar alternativas energéticas sostenibles con las normas de la OMC.

A. Interpretación del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994

3. Al parecer, el Canadá no niega que el programa de Ontario vulnere las obligaciones establecidas en el párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC, sino que sostiene que el párrafo 4 del artículo III es sencillamente inaplicable en este caso, porque el programa de Ontario está abarcado por la exención prevista en el párrafo 8 a) del artículo III del GATT, y, basándose en sus alegaciones de que el párrafo 4 del artículo III no es aplicable, sostiene además que no puede haber una infracción derivada del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

4. Si se examinan los términos concretos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT, se observa que el término "adquisición" no se define en él -ni, por otra parte, en el Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública ("ACP")-. Del texto del párrafo 8 a) del artículo III, considerado en su conjunto, se desprende que el sentido de "adquisición" no es enteramente idéntico al de "compra", puesto que en ese párrafo se emplean ambos términos en la misma frase en una forma que permite pensar que puede haber tipos de adquisición que no impliquen una compra. Por consiguiente, el término "adquisición" parece abarcar cualquier forma de adquisición por el gobierno, incluida la "compra", y no sólo ella.

5. Los Miembros reclamantes afirman que no hay una "adquisición" en el presente caso "porque el Gobierno de Ontario no adquiere ningún producto para su propio uso o en su propio beneficio en el marco del Programa de tarifas reguladas (TR)".[1] La evaluación de ese argumento por el Grupo Especial requerirá, no sólo interpretar el sentido jurídico del término "adquisición", sino también evaluar la función exacta del Gobierno de Ontario en las transacciones abarcadas por su Programa de tarifas reguladas.

6. El Canadá afirma que no cabe ninguna duda de que la "electricidad renovable" es un "producto".[2] El único elemento que aporta en apoyo de esa afirmación es un diccionario en línea que

[1] *Véase* la primera comunicación escrita del Japón, párrafo 287.

[2] *Véase* la primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 70 ("no puede tampoco caber ninguna duda de que la electricidad renovable es un producto").

define "product" (producto) como "[a]n object produced by a particular action or process; the result of mental or physical work or effort" (un objeto producido por una acción o proceso determinado; el resultado de una labor o esfuerzo mental o físico). Sin embargo, la energía eléctrica no es un objeto material[3], sino una forma de energía que se genera habitualmente haciendo girar bobinas de alambre en un campo magnético para producir un flujo de electrones (corriente eléctrica) como resultado de la diferencia de potencial (tensión). Desde el punto de vista técnico, la potencia eléctrica (en vatios o kilovatios) es el resultado de multiplicar la corriente por la tensión. La energía eléctrica (medida, por ejemplo, en kilovatios-hora) es la potencia eléctrica multiplicada por el tiempo.[4]

7. En el momento en que se negoció el GATT, se planteó la cuestión de la clasificación de la energía eléctrica en el marco de las disposiciones del GATT en el examen de la excepción prevista en el artículo XX para los recursos naturales agotables. En el Informe de Nueva York (Comité de Redacción), se indica que "según parecía acordado en general, no debía considerarse a la energía eléctrica un producto, y, en consecuencia, dos delegados no consideraron necesario reservar a sus países el derecho de prohibir la exportación de energía eléctrica".[5] Resulta claro, por consiguiente, que había algunas dudas en cuanto a si debía considerarse que la energía eléctrica era un "producto" a efectos del GATT en el momento en que se negoció ese Acuerdo.

8. Esas dudas parecen seguir existiendo todavía. Por ejemplo, aunque el Sistema Armonizado incluye una partida para la energía eléctrica (27.16.00), indica también que esa partida es "discrecional".[6] Dicho de otra forma, el SA sigue la tesis de que es posible, pero no necesario, clasificar la energía eléctrica como un producto básico a efectos arancelarios.

9. Además, aun cuando sea adecuado clasificar la energía eléctrica como un "producto" a efectos del párrafo 8 a) del artículo III, no resulta claro que la "energía renovable" -expresión que utilizan el Canadá y los Miembros reclamantes para designar la electricidad generada a partir de energía eólica o solar fotovoltaica u otra energía alternativa "limpia"- sea un producto distinto. La jurisprudencia de la OMC ha definido sistemáticamente los "productos" atendiendo a las características del elemento de que se trata y no a los "procesos y métodos de producción" utilizados para producirlo.[7] Aunque de la

---

[3] A este respecto, hay que señalar que el *Shorter Oxford English Dictionary* no entiende por "producto" cualquier "objeto", como sugiere el Canadá, sino que define "product" (producto) como "a *thing* produced by an action, operation or natural process" (una *cosa* producida por una acción, operación o proceso natural) y "thing" (cosa) como un "inanimate material object" (objeto material inanimado). *Véase* el *Shorter Oxford English Dictionary* (6ª edición, 2007), páginas 2359 y 3239.

Por otro lado, otros diccionarios indican que "a product" (un producto) puede ser "a good" (un bien) o "a service" (un servicio) comercializado o vendido como un producto básico. *Véase* el *Merriam Webster's Collegiate Dictionary*, (11ª edición, 2003), página 991.

[4] En matemáticas se considera que el resultado de multiplicar dos cifras es el "producto" de esas cifras. *Id*. No obstante, no hay nada que indique que los redactores del párrafo 8 del artículo III pretendieran adoptar esta acepción matemática.

[5] *Véase* el Índice Analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT (6ª edición, 1995), página 646, donde se citan el Informe de Nueva York, página 31, observaciones generales sobre el artículo 37, y el documento EPCT/C.6/89, página 4.

[6] *Véase* Organización Mundial de Aduanas, Nomenclatura Armonizada 2007, capítulo 27, disponible en http://www.wcoomd.org/home_hsoverviewboxes_tools_and_instruments_hsnomenclaturetable2007.htm.

[7] *Véase*, por ejemplo, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, informe del Grupo Especial, WT/DS381/R, 15 de septiembre de 2011, párrafos 7.216 a 7.219. *Véase también id.*, párrafo 4.244 (donde se expone el argumento de México de que "las obligaciones previstas en los Acuerdos de la OMC no deben interpretarse de modo que permitan a un Miembro de la OMC condicionar el acceso a su mercado interior al cumplimiento de medidas unilaterales de ese Miembro relacionadas con actos realizados fuera de su territorio, en particular procedimientos y métodos de producción que no están previstos. Las únicas circunstancias en que estarían permitidas tales medidas son aquéllas en que

decisión del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* se desprende que son admisibles algunas restricciones basadas en el método de producción cuando están justificadas por el artículo XX del GATT, esas restricciones constituyen una excepción a las disciplinas normales del GATT, y no una aplicación de una definición de "producto" basada en los métodos de producción.

10. Sigue por tanto abierta la cuestión de si, en las circunstancias que concurren en la presente diferencia, la electricidad debe considerarse un "producto" o si sería apropiada una definición de "producto" que tenga en cuenta los métodos utilizados para producir la energía eléctrica en caso de que se pretenda que la definición sea útil para lograr importantes objetivos medioambientales. Será preciso que el Grupo Especial examine cuidadosamente estas cuestiones, utilizando todos los instrumentos para la interpretación de los tratados. No basta, a juicio de Corea, citar una sola definición del diccionario y afirmar que no puede caber ninguna duda en cuanto al sentido del término o su aplicación en las circunstancias que concurren en el presente caso.

11. Al mismo tiempo, al basarse en la definición que da el diccionario del término "purpose" (necesidad), el Canadá afirma que "una 'compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos' es una compra para satisfacer un objetivo del gobierno", y, dado que "los gobiernos expresan sus objetivos en la legislación, las normas reglamentarias, las políticas y las directrices del poder ejecutivo" alega que "cualquier compra de un organismo gubernamental prescrita en la legislación, las normas reglamentarias, las políticas o las directrices del poder ejecutivo es una compra para cubrir las necesidades de los poderes públicos".[8]

12. No obstante, de aceptarse la interpretación del Canadá, no habría ninguna razón para que el párrafo 8 del artículo III hiciera referencia a las compras para cubrir las necesidades de los poderes públicos, porque casi todas las adquisiciones de un gobierno se harían "para cubrir las necesidades de los poderes públicos". En síntesis, si no se quiere que la referencia del párrafo 8 del artículo III a las "necesidades de los poderes públicos" sea inútil, es necesario que esa expresión se refiera a algo más que a un acto compatible con "la legislación, las normas reglamentarias, las políticas o las directrices del poder ejecutivo".

13. El Canadá parece también indicar que las "necesidades de los poderes públicos" pueden inferirse del interés de la sociedad en el supuesto objetivo de la medida gubernamental. No cabe duda de que el Canadá está en lo cierto al poner de relieve la importancia que reviste para el bienestar público un suministro de energía eléctrica suficiente y fiable.[9] Pero lo mismo puede decirse de casi cualquier otra esfera de la actividad económica: la disponibilidad de alimentos suficientes y fiables, la atención de salud, la educación, la reunión y difusión de información, el vestido, los transportes, el empleo, las artes y espectáculos, y la expresión personal, cada cual a su manera, son importantes para el bienestar público. Por tanto, si se quiere que la expresión "necesidades de los poderes públicos" establezca una limitación significativa a tenor del párrafo 8 del artículo III, resulta insuficiente un criterio que únicamente exija algún tipo de conexión entre la compra y algún aspecto de interés para el bienestar público.

B. El sistema de tarifas reguladas de Ontario y el Acuerdo SMC

14. En la presente diferencia, los Miembros reclamantes sostienen también que los incentivos proporcionados en el marco del Programa de tarifas reguladas de Ontario deben considerarse

---

estuvieran justificadas por alguna de las excepciones específicas a las obligaciones previstas en el marco de la OMC").

[8] *Véase* la primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 86.

[9] *Véase*, por ejemplo, la primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 16 y 17.

prohibidos en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC porque constituyen, en su opinión, subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

15. Parece haber una discrepancia fáctica entre los Miembros reclamantes y el Miembro demandado acerca de si los pagos realizados a los productores de energía eléctrica en el marco del sistema de tarifas reguladas de Ontario constituyen pagos por compras de energía eléctrica, u otros tipos de transferencia de efectivo distintos de las transacciones de compra de electricidad. Por otra parte, en la medida en que los pagos sean pagos por compras de energía eléctrica, se plantea además la cuestión de si la energía eléctrica pertenece a la categoría de los bienes, a la de los servicios o a cualquier otra. A juicio de Corea, no es posible llevar a cabo un análisis adecuado de las transacciones en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC sin resolver antes satisfactoriamente esas complejas cuestiones fácticas.

16. Los artículos 2 y 14 del Acuerdo SMC requieren la aplicación de un punto de referencia, en la medida en que ello sea viable, para analizar el "beneficio". Dado que el concepto de "beneficio" es un concepto relativo, que requiere una comparación entre una transacción realizada en el marco de un programa gubernamental y una transacción realizada en condiciones de mercado, la identificación de una referencia del mercado adecuada es esencial para un análisis apropiado del beneficio. Como mínimo, la referencia debe proporcionar un patrón objetivo para medir la existencia y cuantía del beneficio, sobre la base del análisis de la situación real de las transacciones comerciales en el mercado.

17. Corea señala que la selección de un "precio del mercado" (y por ende de un punto de referencia para el análisis del beneficio) exige a veces un análisis complejo que puede implicar un examen del rendimiento en un período más largo. Dado que los horizontes temporales de las personas difieren, los participantes en el mercado que actúan racionalmente pueden atribuir distinto peso a las consecuencias a corto y largo plazo de una transacción y, en consecuencia, valorar de forma bastante diferente el rendimiento global. Lo más frecuente es que empresas que tratan de maximizar los beneficios acepten una pérdida a corto plazo para obtener un mayor beneficio a largo plazo. Los programas de investigación y desarrollo -independientemente de que estén financiados por las empresas o por los gobiernos- constituyen un excelente ejemplo de este planteamiento a largo plazo.

18. Desde esta perspectiva, parece que la elección de un punto de referencia dista de ser fácil o sencilla cuando, como ocurre en el presente caso, hay que tener en cuenta complejos factores comerciales o de política general a largo plazo y los períodos de recuperación de las inversiones son largos. En tales circunstancias, cabe que una instantánea tomada en un momento no asegure necesariamente una comparación fiable en la que se tenga en cuenta la situación real del mercado conforme a lo prescrito por el artículo 14 del Acuerdo SMC.

ANEXO B-8

RESUMEN INTEGRADO DE MÉXICO[1]

I. INTRODUCCIÓN

1. México manifestó su intención de participar en calidad de tercero en el presente procedimiento debido a que en él se plantean importantes cuestiones sistémicas relacionadas con el Acuerdo SMC, del Acuerdo sobre las MIC, y ciertas disposiciones del GATT de 1994. Además aprovechamos la oportunidad para pronunciarnos sobre otra cuestión procesal de gran relevancia para México como es la interpretación del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2. Reconocemos que las reglas de la OMC no impiden que sus miembros promuevan la creación de infraestructura para generar fuentes de energía alternas a favor del medio ambiente y resaltamos la importancia de que los países promuevan la generación de este tipo de energía, siempre que se respeten las obligaciones de los acuerdos abarcados. Sin embargo, entendemos por las comunicaciones de las partes que ésta no se trata de una diferencia sobre comercio y medio ambiente.

3. En este escrito se abordarán dos temas de importancia sistémica para México: i) el análisis de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial bajo el artículo 6.2 del ESD; y ii) la relación entre el Acuerdo sobre SMC con el artículo III del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, cuando se trata de subvenciones supeditas al empleo de productos nacionales con preferencia de los importados.

II. ANÁLISIS

A. INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 6 DEL ESD

4. México nota que una gran parte de los casos de solución de diferencias que recientemente se han iniciado ante la OMC, han contenido objeciones preliminares en relación con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. A México le preocupa que estas objeciones preliminares se conviertan en la regla y no la excepción, y sean utilizadas como una estrategia litigiosa que obstaculice y retrase los procedimientos.

5. Canadá argumenta en sus objeciones preliminares que las solicitudes de establecimiento de un grupo especial de Japón y de la Unión Europea no cumplen con los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, en relación con sus reclamaciones relativas al Acuerdo sobre SMC.

6. En primer lugar observamos que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD señala, en su parte relevante, que en las solicitudes de establecimiento de grupos especiales "se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad."

7. Como se desprende del texto del párrafo 2 del Artículo 6 del ESD, una solicitud de establecimiento de un grupo especial no requiere más que: i) la identificación de las medidas concretas en litigio; y ii) una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. El texto del artículo 6.2 requiere la identificación, más no la explicación, de las medidas en litigio, así como la exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, mas no la argumentación. Lo anterior, siempre que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

[1] El presente resumen integrado se redactó inicialmente en español.

8. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD se ha interpretado en el sentido de que la solicitud de establecimiento del grupo especial no sólo determina el mandato del Grupo Especial, sino que además cumple con el objetivo del debido proceso al informar al demandado sobre la naturaleza de los argumentos a defender. En *CE - Elementos de fijación (China)* (párrafo 562) y *China - Materias primas* (párrafo 219), el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:

> En el párrafo 2 del artículo 6 del ESD se enuncian los principales requisitos para el establecimiento de un grupo especial e, implícitamente, para el establecimiento de su mandato con arreglo al párrafo 1 del artículo 7 del ESD. La parte reclamante debe identificar la medida concreta en litigio y hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. El Órgano de Apelación ha constatado que la solicitud de establecimiento de un grupo especial "ayuda … a determinar el alcance de la diferencia" en lo que respecta a cada medida y, "en consecuencia, establece y delimita la competencia del grupo especial". La solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple también un importante objetivo del debido proceso al proporcionar información al demandado sobre la naturaleza de los argumentos que debe defender. Como indicó el Órgano de Apelación en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, "[e]ste objetivo del debido proceso no es un elemento constitutivo del debido establecimiento de la competencia de un grupo especial, sino que más bien se desprende del mismo". Por consiguiente, para determinar si una determinada alegación está comprendida en el mandato de un grupo especial, se debe examinar la solicitud de establecimiento de éste "en la forma que tenía en el momento en que se presentó". Por su parte, un grupo especial debe "examinar minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado", a fin de determinar si es lo "suficientemente precisa" para cumplir el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.
>
> El Órgano de Apelación ha explicado que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que tiene una función cardinal en el sistema de solución de diferencias de la OMC, establece dos requisitos esenciales que debe cumplir el reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, a saber, la "identificación de las medidas concretas en litigio y la presentación de una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones)". En conjunto, esos dos elementos constituyen el "asunto sometido al OSD", por lo que, si cualquiera de ellos no está debidamente identificado, el asunto no estaría comprendido en el mandato del grupo especial. Por lo tanto, el cumplimiento de estos requisitos "no es una mera formalidad". Como ha señalado el Órgano de Apelación, la solicitud de establecimiento de un grupo especial constituye la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del ESD. Además, la solicitud cumple el objetivo del debido proceso al proporcionar información al demandado y a los terceros sobre la naturaleza de la demanda del reclamante. La identificación de las medidas concretas en litigio y la presentación de "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad" son, por consiguiente, elementos centrales para definir el alcance de la diferencia que ha de examinar un grupo especial.

9. México reconoce la importancia del papel que juega la solicitud de establecimiento del grupo especial, no sólo al determinar el mandato del grupo especial sino también al cumplir el objetivo de debido proceso. Sin embargo, las objeciones preliminares del párrafo 2 del artículo 6 del ESD se

deben de presentar únicamente de forma excepcional, y cuando realmente exista una deficiencia que ponga en entredicho el debido proceso legal.

10. En su solicitud de establecimiento de grupo especial, observamos que Japón identifica a las medidas concretas en litigio como "las adoptadas por el Gobierno del Canadá o sus provincias en relación con el Programa de tarifas reguladas (TR) establecido en la provincia canadiense de Ontario en 2009 que prevé la fijación de precios garantizados a largo plazo para la producción de instalaciones de generación de energía renovable que incluyan un porcentaje definido de contenido nacional". Por su parte, la Unión Europea identifica a las medidas como "las relativas al Programa de tarifas reguladas establecido por la provincia canadiense de Ontario en 2009 que prevé la fijación de precios garantizados a largo plazo, superiores a los del mercado, para la producción de instalaciones de generación de energía renovable que incluyan un porcentaje mínimo de contenido nacional".

11. Japón y la Unión Europea identifican también en sus solicitudes, los instrumentos legales que comprenden la medida. Finalmente, ambas solicitudes presentan las tres reclamaciones, especificando el tipo de violación de que se trata, es decir, haciendo una exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación. En opinión de México, lo anterior es suficiente para presentar el problema con claridad en términos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

12. Canadá argumenta además que, cuando se trata de una reclamación en materia de subvenciones conforme al Acuerdo sobre SMC, para cumplir con los requisitos del artículo 6.2 del ESD se deben de identificar los elementos relevantes de la subvención, i.e. la contribución financiera, el gobierno, organismo público o entidad privada encomendada que lo otorga, y el beneficio que se confiere.

13. En cuanto a los elementos constitutivos de la subvención que Canadá argumenta deben de ser identificados para cumplir con los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 cuando se trata de reclamaciones en materia de subvenciones, y sin prejuzgar sobre si dicho argumento es correcto o sobre si efectivamente los elementos identificados encuadran dentro de las definiciones correspondientes del Acuerdo sobre SMC, de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial de Japón y de la Unión Europea podemos identificar a la autoridad que otorga la subvención, i.e. el Gobierno de Canadá o sus provincias, y en concreto, la provincia de Ontario. Asimismo, en opinión de México de la lectura de las solicitudes podemos identificar a la contribución financiera como la fijación de precios garantizados a largo plazo para la producción de instalaciones de generación de energía renovable que incluyan un porcentaje definido de contenido nacional, y finalmente, encontramos que el beneficio que se confiere sería aquel que se obtiene por los precios fijos garantizados.

14. Por lo tanto, aun cuando la Unión Europea y Japón pudieron haber sido más específicos con respecto a los organismos públicos que otorgan la subvención y también ser más claros al señalar que la fijación de precios garantizados se daba mediante los contratos bajo el Programa de tarifas reguladas, consideramos que las solicitudes de establecimiento de ambos reclamantes fueron lo suficientemente específicas y claras para que Canadá supiera a qué caso se estaba enfrentando, cumpliendo así con los requisitos establecidos por el párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las medidas concretas en litigio y hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. Además, nos parece que la identificación de la subvención es suficiente para satisfacer los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

15. Reiteramos así nuestra preocupación de que las objeciones preliminares relacionadas con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD pudieran convertirse en una mera estrategia de litigio tendiente a

evitar que se llegue al fondo del asunto, en lugar de ser un recurso legítimo para asegurar que la defensa en el caso se pueda llevar adecuadamente.

B. RELACIÓN ENTRE EL ASMC, EL ARTÍCULO III DEL GATT Y EL ACUERDO SOBRE LAS MIC

16. En el entendido de México, cuando se determina que existe una violación al Acuerdo sobre SMC por la existencia de una subvención prohibida supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, necesariamente existirá una violación al principio de trato nacional contenido en el artículo III del GATT de 1994. Esto es, la supeditación de un programa al empleo de productos nacionales es discriminatoria al otorgar un trato menos favorable a los productos extranjeros. Asimismo, este tipo de programas supeditados al empleo de productos nacionales, constituyen medidas relativas a la inversión, y por contravenir el artículo III del GATT de 1994, automáticamente constituyen una violación al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

17. Sin embargo, el caso que nos ocupa presenta una complejidad adicional en la cual Canadá argumenta que las medidas constituyen compras gubernamentales y que por lo tanto no les aplica el artículo III del GATT de 1994. La determinación que realice el Grupo Especial sobre si se trata de compras gubernamentales o no, será determinante para la resolución del caso.

18. Desde el punto de vista de México, cuando se trata de compras gubernamentales, una violación al Acuerdo sobre SMC no daría lugar a una violación automática del artículo III del GATT de 1994. Es decir, existen disposiciones específicas dentro del artículo III del GATT de 1994 que excluyen de su aplicación a las compras gubernamentales (i.e. inciso a) del párrafo 8 del artículo III del GATT de 1994). Además, al no aplicar el artículo III del GATT de 1994 a las compras gubernamentales, no existiría una violación al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

19. No encontramos dentro del Acuerdo sobre SMC, alguna disposición específica que excluya a las compras gubernamentales de su aplicación. Sin embargo, resulta cuestionable que una compra gubernamental, por el hecho de que el gobierno reciba algo a cambio de un pago, pueda encuadrarse como una contribución financiera para efectos de la definición de subvención en el sentido del Acuerdo sobre SMC.

20. Ahora bien, si el Grupo Especial determinase que no se trata de una compra gubernamental, la medida no estaría exceptuada del artículo III del GATT de 1994 por lo que podría ser violatoria del mismo, así como del Acuerdo sobre las MIC. En este caso, también se tendría que determinar si se configuran los elementos de la definición de subvención en el sentido del Acuerdo sobre SMC.

21. Por todo lo anterior, la determinación del Grupo Especial, sobre si la medida constituye compras gubernamentales o no, definirá, para este asunto en particular, la relación que existe entre los tres acuerdos objeto de esta diferencia.

III. CONCLUSIÓN

22. México espera que el Grupo Especial pueda considerar los puntos de vista expresados en esta comunicación como tercero, debido a que la decisión en esta diferencia involucra cuestiones que son de importancia sistémica en la interpretación de las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre SMC, el Acuerdo sobre las MIC y del GATT de 1994.

ANEXO B-9

DECLARACIÓN DE NORUEGA EN CALIDAD DE TERCERO

Señor Presidente, señores miembros del Grupo Especial:

1. Noruega acoge con satisfacción la oportunidad que se le brinda de exponer sus opiniones sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento de este Grupo Especial. Sus observaciones se refieren a las diferencias DS412 y DS426. Al no haber presentado una comunicación escrita al Grupo Especial en calidad de tercero, expondrá brevemente en esta declaración oral sus opiniones sobre una cuestión de derecho: la aplicabilidad del párrafo 8 del artículo III del GATT.[1]

2. En respuesta a las alegaciones del Japón y de la Unión Europea de que el "Programa de tarifas reguladas (TR)" es contrario a las obligaciones del Canadá en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT, el Canadá aduce que esa disposición no es aplicable en el presente caso porque la medida está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 del artículo III del GATT.

3. Según el párrafo 8 del artículo III del GATT, las disposiciones del artículo III del GATT "no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial".

4. El Canadá afirma que el Organismo de Energía de Ontario (OPA) es un organismo gubernamental que adquiere un producto -la energía renovable- para cubrir las necesidades de los poderes públicos. Noruega señala que hay discrepancia entre las partes en cuanto a si existe una "adquisición" en el presente caso. A este respecto, Noruega coincide con el Japón y la Unión Europea en que la cuestión esencial es si el OPA "adquiere" *efectivamente* la energía renovable o si es simplemente un intermediario, una especie de "centro de intercambio".[2] A nuestro parecer, no es suficiente que se denomine a las actividades del OPA "adquisición" o se haga referencia a ellas de ese modo. El Programa de tarifas reguladas sólo puede considerarse comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 8 del artículo III del GATT si el OPA adquiere *efectivamente* la energía renovable. Sin extendernos demasiado sobre los elementos de hecho de la presente diferencia, Noruega tiende a coincidir con la Unión Europea en que el OPA parece ser más bien un intermediario que una entidad que compre -o adquiera- efectivamente la energía renovable.[3]

5. Si, por el contrario, el Grupo Especial llegara a la conclusión de que el OPA adquiere efectivamente energía renovable, habrá de analizar si esa compra -o adquisición- se realiza para cubrir las "necesidades de los poderes públicos". El Canadá subraya que la compra se realiza "para alcanzar un objetivo del Gobierno de Ontario", y por tanto constituye una compra para cubrir "necesidades de los poderes públicos".[4] En la práctica, esta interpretación del Canadá permitiría considerar que toda compra efectuada por una entidad gubernamental es una compra para cubrir "necesidades de los poderes públicos", por cuanto con ella se trataría de alcanzar algún objetivo de esa entidad.

---

[1] Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT").

[2] Primera comunicación escrita del Japón, párrafos 287-289; primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafos 114 y 115.

[3] Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 57.

[4] Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 88.

6. Al igual que han hecho otros terceros en sus comunicaciones escritas, Noruega insta al Grupo Especial a que actúe con prudencia al interpretar la expresión "necesidades de los poderes públicos". La aceptación de la interpretación del Canadá podría, como han señalado otros, tener la consecuencia de que cualquier adquisición efectuada por un organismo gubernamental mediante una compra se considerara comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 8 del artículo III, lo que privaría de toda utilidad a la expresión "necesidades de los poderes públicos" y permitiría eludir la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT.[5]

7. Para concluir, señor Presidente, Noruega observa que algunos terceros han analizado la expresión "organismo público" y otras cuestiones relacionadas con el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios*.[6] Aunque las partes no se hayan referido demasiado a esas cuestiones en el presente caso, Noruega desearía unirse a la Arabia Saudita para instar a que se respeten los principios establecidos por el Órgano de Apelación en ese asunto con respecto a las expresiones "organismo público" y "control ejercido por el gobierno".

8. Gracias por su atención. Noruega está dispuesta a responder a las preguntas que desee formularle el Grupo Especial.

[5] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero, párrafo 41. Comunicación presentada por Corea en calidad de tercero, párrafo 32. Comunicación presentada por China en calidad de tercero, párrafo 15.

[6] Comunicación presentada por la Arabia Saudita en calidad de tercero, párrafos 2-17. Comunicación presentada por El Salvador en calidad de tercero, párrafos 5-8.

ANEXO B-10

RESUMEN INTEGRADO DEL REINO DE LA ARABIA SAUDITA

I. INTRODUCCIÓN

1. El Reino de la Arabia Saudita se ha sumado a estas diferencias como tercero para exponer sus opiniones sobre dos importantes cuestiones relativas a la interpretación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC). Se trata de cuestiones que tienen una importancia sistémica para todos los Miembros de la OMC.

II. UN "ORGANISMO PÚBLICO" ES UNA ENTIDAD QUE POSEE O EJERCE FACULTADES GUBERNAMENTALES O ESTÁ DOTADA DE ELLAS

2. La decisión del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* establece el criterio autorizado que debe aplicar un grupo especial para determinar si una entidad es un "organismo público". El Órgano de Apelación estableció en esa decisión que un organismo público es una entidad que posee o ejerce facultades gubernamentales o está dotada de ellas y constató que para determinar si una entidad es un organismo público sólo son determinantes las facultades gubernamentales, y que otros factores, como la propiedad estatal, no son suficientes para que se cumpla el criterio jurídico.[1]

A. LAS "FACULTADES GUBERNAMENTALES" ENTRAÑAN LA AUTORIDAD PARA MANDAR U OBLIGAR A ENTIDADES PRIVADAS

3. La Arabia Saudita solicita respetuosamente que los Grupos Especiales reconozcan el elemento único que define las "facultades gubernamentales" -la autoridad para mandar u obligar-. En *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios* el Órgano de Apelación definió el "gobierno" como "el ejercicio continuo de autoridad sobre los súbditos; dirección o regulación con autoridad y control".[2] El Órgano de Apelación constató que los "elementos definitorios" del término "gobierno" -"las facultades efectivas para regular, controlar o supervisar a los individuos o, en caso contrario, restringir su conducta mediante el ejercicio de la autoridad acorde con la ley"- informan necesariamente el sentido de la expresión "organismo público".[3]

4. Al analizar la expresión "facultades gubernamentales", el Órgano de Apelación ha explicado que un organismo público debe tener autoridad para "encomendar u ordenar" a una entidad privada que realice determinados actos, como prevé el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC[4], y que "ordenar" requiere autoridad para "obligar o mandar a una entidad privada o dirigir sus acciones".[5] Por consiguiente, un organismo público debe tener capacidad de obligar o mandar a una entidad privada, controlarla o dirigirla. Ese es el elemento esencial de las "facultades gubernamentales", en consonancia con el propio texto del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

---

[1] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafos 318 y 346.
[2] *Ibid.*, párrafo 290.
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*, párrafos 293 y 294.
[5] *Ibid.*, párrafo 294.

B. EL CUMPLIMIENTO NO DISCRECIONAL DE UN MANDATO DE LOS PODERES PÚBLICOS NO ES EJERCICIO DE FACULTADES GUBERNAMENTALES

5. Si la función de una entidad es simplemente aplicar un mandato de los poderes públicos y esa entidad carece de poder en cuanto a la forma en que cumple funciones gubernamentales, tal entidad no tiene "facultades gubernamentales" y actúa simplemente siguiendo órdenes del gobierno. La jurisprudencia de la OMC ha establecido una distinción entre una actuación "discrecional" -"que entraña el ejercicio del juicio y la opción"- y la "aplicación de una regla inequívoca".[6] Cuando una entidad está obligada por imperativo legal a aplicar una política o programa determinado, sin ningún margen de discrecionalidad, la aplicación de la ley no indica que la entidad posea o ejerza facultades gubernamentales. En tales circunstancias, el análisis que ha de realizar un grupo especial de si las transacciones de la entidad pueden constituir una "contribución financiera" debe basarse en el criterio establecido mediante los términos "encomendar u ordenar" del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

C. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN ORGANISMO PÚBLICO REQUIERE UNA EVALUACIÓN OBJETIVA DE TODAS LAS PRUEBAS, SIN ATRIBUIR UN PESO INDEBIDO A UN SOLO FACTOR

6. Los grupos especiales tienen la obligación positiva de examinar objetivamente todas las pruebas relativas a la cuestión de la existencia del organismo público, sin atribuir un peso indebido a una característica cualquiera de la entidad de que se trate. Según el Órgano de Apelación, este examen requiere que el grupo especial analice minuciosamente la condición jurídica y los actos de la entidad en cuestión.[7] El grupo especial "debe señalar pruebas positivas" que establezcan que la entidad de que se trata es un organismo público, es decir que posee o ejerce facultades gubernamentales.[8] Si no existen tales pruebas, no puede constatarse que la entidad sea un "organismo público", aunque el grupo especial pueda proceder posteriormente a examinar si el gobierno ha "encomendado u ordenado" determinadas acciones a la entidad.

D. LAS PRUEBAS DE EJERCICIO DE CONTROL POR EL GOBIERNO NO BASTAN PARA QUE SE CUMPLA EL CRITERIO RELATIVO AL "ORGANISMO PÚBLICO"

7. El ejercicio por el gobierno de un "control significativo" sobre una entidad no basta por sí solo para determinar que esa entidad es un organismo público, sino que ese control es sólo un elemento de prueba que puede ser examinado al determinar si la entidad de que se trata posee "facultades gubernamentales" en el sentido que se ha definido antes. El Órgano de Apelación lo aclaró así en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*.[9]

8. Aunque las pruebas del ejercicio por un gobierno de un control significativo sobre una entidad pueden establecer una presunción susceptible de refutación de que la entidad es un "organismo público", el Órgano de Apelación ha declarado que esas pruebas por sí solas no permiten dar por resuelta la cuestión y pueden ser refutadas por pruebas de que la entidad de que se trata no posee o ejerce facultades gubernamentales.[10] En consecuencia, los grupos especiales deben cerciorarse de que cualquier determinación de que una entidad es un organismo público está respaldada por pruebas

[6] Informe del Grupo Especial, *China – Servicios audiovisuales*, párrafo 7.324. Véase también el informe del Grupo Especial, *Turquía – Arroz*, párrafo 7.128.

[7] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 319.

[8] *Ibid.*, párrafo 326.

[9] *Ibid.*, párrafos 318 y 319.

[10] *Ibid.*, párrafo 318.

positivas de que la entidad en cuestión posee facultades gubernamentales y las ejerce en el cumplimiento de funciones gubernamentales. Las pruebas del control ejercido por el gobierno pueden tenerse en cuenta, pero sólo en la medida en que sirvan para establecer que la entidad posee facultades gubernamentales.

III. POR LO GENERAL, NO SON APROPIADOS LOS PUNTOS DE REFERENCIA EXTERNOS EN RELACIÓN CON LAS SUBVENCIONES

9. La utilización de puntos de referencia externos, como los precios en el mercado internacional o en terceros países, al determinar la existencia y magnitud del beneficio que otorga una subvención es por lo general inapropiada. Según las normas de la OMC, es el mercado interior, y no los mercados exteriores, el que proporciona la referencia más apropiada.

1. La evaluación de un beneficio debe basarse en un punto de referencia del mercado interior

10. El mercado interior del país en litigio constituye el punto de partida de toda determinación del beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Aunque el término "beneficio" no se define en el Acuerdo, el Órgano de Apelación ha declarado en *Canadá - Aeronaves* que ese término "implica algún tipo de comparación", que mide si la "contribución financiera" en cuestión ha colocado "[al receptor] en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución".[11] El Órgano de Apelación ha añadido que el punto de referencia para evaluar el beneficio otorgado por una subvención debe basarse en el "mercado".

11. El artículo 14 del Acuerdo SMC, utilizado por el Órgano de Apelación como contexto para interpretar el beneficio a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo 1, establece expresamente que por "mercado" debe entenderse el mercado interior del Miembro de la OMC que proporciona la "contribución financiera". El apartado d) del artículo 14 dispone que la adecuación de la remuneración "se determinará" (no que "podrá" o "deberá" determinarse) en relación con las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro.

2. La utilización de puntos de referencia externos sólo está permitida en "muy limitadas" circunstancias

12. Aunque el Órgano de Apelación no se ha pronunciado sobre la utilización de puntos de referencia externos al país en relación con las subvenciones para calcular la cuantía de un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1, sus decisiones en relación con el apartado d) del artículo 14 limitan estrictamente la utilización de esos puntos de referencia externos. El precio es la más importante de las "condiciones reinantes en el mercado" enunciadas en ese apartado y debe ser el primer punto de referencia utilizado para determinar el beneficio.

13. El Órgano de Apelación ha confirmado esta interpretación en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV,* en el que declaró que el apartado d) del artículo 14 "destaca por sus términos que los precios de bienes análogos vendidos por proveedores privados en el país de suministro *constituyen el punto de referencia primordial que debe utilizar la autoridad investigadora* para determinar si un gobierno ha suministrado bienes por una remuneración inferior a la adecuada...".[12] El Órgano de Apelación ha aclarado también que "el punto de partida, al determinar si la remuneración es o no adecuada, consiste en los precios por los que se venden los mismos bienes u otros similares por

[11] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Aeronaves*, párrafo 157 (sin cursivas en el original).
[12] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV*, párrafo 90 (sin cursivas en el original).

proveedores privados, en transacciones realizadas en condiciones de plena competencia, en el país de suministro".[13] El Órgano de Apelación ha destacado que la autoridad investigadora sólo puede utilizar otros puntos de referencia distintos en "muy limitadas" circunstancias -únicamente cuando se haya *probado* que los precios privados están distorsionados[14]- y ha advertido además a este respecto que las disciplinas relativas a las subvenciones no deben utilizarse "para compensar diferencias de las ventajas comparativas entre los países".[15]

14. En consecuencia, un grupo especial no puede utilizar puntos de referencia externos para evaluar la cuantía del "beneficio" otorgado, en su caso, al receptor de una contribución financiera, salvo que establezca que concurren las circunstancias "muy limitadas" necesarias para permitir la utilización del punto de referencia de que se trate.

IV. CONCLUSIÓN

15. La Arabia Saudita insta respetuosamente a los Grupos Especiales a que tengan en cuenta las opiniones expuestas por el Reino sobre las cuestiones de interpretación a que se ha hecho referencia.

[13] *Ibid.*
[14] *Ibid.*, párrafos 102 y 103.
[15] *Ibid.*, párrafo 109.

ANEXO B-11

RESUMEN INTEGRADO DE LOS ESTADOS UNIDOS

I. CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS AL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III

1. El Japón examina informes anteriores relativos al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Los Estados Unidos complementan el análisis de la "similitud" en un aspecto: varios grupos especiales, incluido el que examinó el asunto *Canadá - Trigo*, han considerado significativo el hecho de que una medida establezca una distinción entre un producto nacional y un producto importado en función únicamente del origen. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21)*, tras constatar que la legislación en litigio en esa diferencia establecía una distinción entre artículos importados y nacionales en función únicamente del origen, declaró que "no hay ninguna necesidad de demostrar la existencia de productos similares efectivamente comercializados a fin de demostrar una infracción del párrafo 4 del artículo III".

II. CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS AL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III

2. El Canadá ha asignado indebidamente un "objeto y fin" al párrafo 8 a) del artículo III, ha hecho una interpretación excesivamente amplia de la expresión "necesidades de los poderes públicos" y no ha identificado correctamente el producto pertinente en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III.

A. OBJETO Y FIN DEL GATT DE 1994

3. El Canadá afirma que el objeto y fin del párrafo 8 a) del artículo III estriba en permitir a los gobiernos que apliquen la política pública mediante adquisiciones.

4. La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ("Convención de Viena") dispone que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". La referencia a "su objeto y fin" (*its*) se hace en singular. En cambio, los otros dos instrumentos interpretativos establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena -el sentido corriente y el contexto- se refieren a "los términos del tratado" (plural). Por tanto, la referencia en singular -"su objeto y fin"- alude a "un tratado". En consecuencia, el objeto y fin que deben informar la interpretación de las disposiciones de un tratado es el objeto y fin de todo el tratado.

5. Por consiguiente, la identificación adecuada del objeto y fin de un acuerdo no puede inferirse del examen de un párrafo aislado de éste. El objeto y fin que deben informar la interpretación del párrafo 8 a) del artículo III por un grupo especial son el objeto y fin del GATT de 1994. El Canadá asigna al párrafo 8 a) del artículo III un objeto y fin y trata luego de utilizarlos para aclarar la interpretación del párrafo 8 a) del artículo III. Este modo de proceder no es correcto.

6. Además, aparte de no adoptar un enfoque correcto en lo que respecta al objeto y fin, el Canadá no ha aportado elementos que apoyen el objeto y fin elegido. El pasaje en el que el Canadá basa el supuesto objeto y fin del párrafo 8 a) del artículo III no corresponde al texto del acuerdo, a una interpretación hecha por la Conferencia Ministerial o por el Consejo General, o a orientaciones de un Grupo Especial o del Órgano de Apelación. En lugar de ello, el Canadá basa toda su teoría respecto del objeto y fin del párrafo 8 a) del artículo III en una declaración que figura en un documento del Gobierno japonés. Las opiniones de un solo Miembro no constituyen opiniones u orientaciones

autorizadas en las que el Canadá pueda basarse para fundamentar su tesis en cuanto al objeto y fin del párrafo 8 a) del artículo III.

B. NECESIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 8 A) DEL ARTÍCULO III

7. Basándose en ese concepto del objeto y fin, el Canadá define de forma excesivamente amplia la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III. El Canadá afirma que una compra para cubrir necesidades de los poderes públicos es una compra efectuada teniendo presente un objetivo de los poderes públicos. Además, aduce que los objetivos de los poderes públicos se exponen en los documentos publicados por un gobierno, y que cualquier adquisición que se produzca de conformidad con un documento del gobierno es una adquisición con la que se trata de cubrir necesidades de los poderes públicos.

8. Es evidente que esta definición de necesidad de los poderes públicos es demasiado amplia. En primer lugar, el párrafo 8 a) del artículo III especifica ya que ese párrafo sólo se refiere a las "leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales". Es difícil concebir una situación en la que un gobierno manifieste que no actúa teniendo presente un objetivo de los poderes públicos. Una interpretación de las "necesidades de los poderes públicos" según la cual si una adquisición es realizada por un organismo gubernamental es una adquisición hecha para cubrir las necesidades de los poderes públicos es una interpretación circular y haría inútil la expresión "para cubrir las necesidades de los poderes públicos".

9. En segundo lugar, casi todas las adquisiciones realizadas por los poderes públicos están "prescritas" por algún documento del gobierno. Desde el punto de vista práctico, la definición del Canadá confundiría el propósito de cubrir "las necesidades de los poderes públicos" con el propio acto considerado en primer lugar -la adquisición de un producto por un gobierno. Esa definición privaría de sentido a la expresión "comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos" del párrafo 8 a) del artículo III y es por consiguiente incorrecta.

C. PRODUCTO EN LITIGIO

10. El Canadá adopta el punto de vista de que en la presente diferencia el "producto" pertinente a efectos del párrafo 8 a) del artículo III del GATT de 1994 es la "electricidad". Pero aun suponiendo, a efectos de argumentación, que Ontario adquiera electricidad, sería importante además determinar cuáles son los "productos" considerados en la presente diferencia a fin de recurrir al párrafo 8 a) del artículo III para analizar si las prescripciones de contenido nacional en litigio están justificadas.

11. Parece fuera de lugar que el Canadá se base en la pretendida adquisición de electricidad. Las adquisiciones concretas a las que se aplican las prescripciones de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (TR) de Ontario -ventas de equipo realizadas por los fabricantes a productores privados de energía eléctrica- parecen ser diferentes tanto por su propia naturaleza como contractualmente de la supuesta adquisición de electricidad por los poderes públicos que constituye el eje de la defensa del Canadá al amparo del párrafo 8 a) del artículo III. Aunque el Canadá identifica sistemáticamente la "electricidad" como el "producto" abarcado por el párrafo 8 a) del artículo III, trata de justificar las prescripciones de contenido nacional aplicables al "equipo". Sin embargo, los dos productos no son idénticos. No se deduce que la supuesta adquisición por los poderes públicos de una categoría de productos en el sentido del párrafo 8 a) del artículo III justifique una prescripción de contenido nacional que abarca las compras privadas de una clase diferente de productos. De hecho, el enfoque adoptado por el Canadá daría por incluido en el párrafo 8 a) del artículo III un texto que no figura en él, añadiendo al final de ese párrafo una frase de un tenor parecido al siguiente: "Además,

las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la compra de otros productos por entidades privadas."

12. Además, la interpretación expuesta por el Canadá extendería el alcance del párrafo 8 a) del artículo III mucho más allá de su sentido corriente, ampliándolo de hecho de modo que se permitiría utilizar la adquisición por los poderes públicos para potenciar todo tipo de prescripciones de contenido nacional. Por ejemplo, podría entenderse que esa interpretación autoriza a un gobierno a supeditar la adquisición de un producto al establecimiento por el proveedor de una discriminación contra los productos importados en el conjunto de sus operaciones. Un gobierno podría exigir que un proveedor utilizara únicamente equipo de fabricación nacional en todo su proceso de fabricación, que sus instalaciones se construyeran únicamente con materiales nacionales y que comprara sus insumos únicamente a quienes aplicaran prescripciones discriminatorias similares. Dado que la prescripción de contenido nacional en litigio se aplica a las compras de equipo de producción de energía renovable por entidades privadas, no puede invocarse el párrafo 8 a) del artículo III para justificar esa prescripción sobre las bases citadas por el Canadá.

III. CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS AL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 6

13. En su comunicación, el Canadá reitera su alegación de que el Japón ha infringido el párrafo 2 del artículo 6 del ESD al no haber hecho una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad. Los Estados Unidos señalan que el argumento del Canadá según el cual la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón no incluía una breve exposición de los fundamentos de derecho de su reclamación es similar a la que ha sido recientemente analizada en la resolución preliminar del Grupo Especial que ha examinado el asunto *China - Servicios de pago electrónico*. Como declaró ese Grupo Especial, "la expresión 'fundamentos de derecho' del párrafo 2 del artículo 6 del ESD se refiere a la alegación presentada por la parte reclamante". El Grupo Especial explicó además que "[u]na alegación expone la opinión del reclamante de que la parte demandada ha vulnerado una determinada disposición de un acuerdo determinado, o ha anulado o menoscabado las ventajas dimanantes de esa disposición".

14. En opinión de los Estados Unidos, el Japón ha cumplido esa prescripción. El Japón ha identificado las medidas en litigio y ha hecho una breve exposición de los fundamentos de derecho de su reclamación exponiendo su opinión de que las medidas infringían disposiciones específicas del Acuerdo sobre la OMC. En tal sentido, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por ese país se ajusta a lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

15. El argumento del Canadá de que un Miembro no puede alegar que una medida infringe el artículo 3 del Acuerdo SMC sin identificar concretamente "la forma de la subvención, así como quién la ha proporcionado, quién se beneficia de ella y qué forma adopta el beneficio" carece también de fundamento. Como reconoce el Canadá, el párrafo 1 a) del artículo 1 define un tipo de medida, una subvención. El Japón indicó debidamente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que consideraba que las medidas que identificaba eran subvenciones, y señaló qué disposiciones del Acuerdo SMC consideraba que infringían esas medidas. El párrafo 2 del artículo 6 no exige que el Japón exponga argumentos acerca de las razones por las que considera que las medidas están comprendidas en la definición de subvención. A lo que estaba obligado el Japón era a exponer los fundamentos de derecho de su reclamación, lo que parece haber hecho.

ANEXO C

SOLICITUDES DE ESTABLECIMIENTO
DE UN GRUPO ESPECIAL

Índice		Página
Anexo C-1	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón	C-2
Anexo C-2	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea	C-6

ANEXO C-1

SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL
PRESENTADA POR EL JAPÓN

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS412/5
7 de junio de 2011

(11-2786)

Original: inglés

CANADÁ - DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL SECTOR DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE

Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón

La siguiente comunicación, de fecha 1º de junio de 2011, dirigida por la delegación del Japón a la Presidenta del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

Las autoridades de mi país me han encomendado que solicite el establecimiento de un grupo especial en nombre del Gobierno del Japón ("el Japón").

El 13 de septiembre de 2010 el Japón solicitó la celebración de consultas con el Gobierno del Canadá ("el Canadá") de conformidad con el artículo 4 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que rige la solución de diferencias* ("ESD"), el párrafo 1 del artículo XXII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"), el artículo 8 del *Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio* ("*Acuerdo sobre las MIC*") y el párrafo 1 del artículo 4 y el artículo 30 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("*Acuerdo SMC*"), con respecto a las medidas del Canadá relativas a los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas.[1] La solicitud se distribuyó el 16 de septiembre de 2010 con las signaturas WT/DS412/1, G/L/926, G/TRIMS/D/27, G/SCM/D84/1.

El 25 de octubre de 2010 se celebraron consultas con miras a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Lamentablemente, esas consultas no permitieron resolver la diferencia.

En consecuencia, el Japón solicita respetuosamente que se establezca un grupo especial para examinar este asunto de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD, el

[1] Las referencias al "Programa de tarifas reguladas" en la presente solicitud incluyen tanto proyectos que superen los 10 kilovatios como proyectos de 10 kilovatios o menos (es decir, las microtarifas reguladas). *Véanse* http://fit.powerauthority.on.ca/; http://fit.powerauthority.on.ca/what-feed-tariff-program; y http://microfit.powerauthority.on.ca/.

artículo XXIII del GATT de 1994, el artículo 8 del *Acuerdo sobre las MIC* y el párrafo 4 del artículo 4 y el artículo 30 del *Acuerdo SMC*.

Las medidas que son objeto de la presente solicitud son las adoptadas por el Gobierno del Canadá o sus provincias en relación con el Programa de tarifas reguladas establecido por la provincia canadiense de Ontario en 2009 que prevé la fijación de precios garantizados a largo plazo para la producción de instalaciones de generación de energía renovable que incluyan un porcentaje definido de contenido nacional. Esas medidas comprenden, sin que la enumeración sea exhaustiva, las siguientes:

- la *Ley de electricidad de 1998*[2], modificada[3], en particular la Parte II (Administración Independiente del Sistema Eléctrico), la Parte II.1 (Organismo de Energía de Ontario) y la Parte II.2 (Gestión del suministro, la capacidad y la demanda de electricidad), incluido el artículo 25.35 (Programa de tarifas reguladas);

- la Ley de promulgación de la *Ley sobre energía verde de 2009* y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la *Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006* y de la *Ley de rendimiento energétic*o y de modificación de otras leyes (la "*Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*")[4], en particular el anexo B por el que se modifica la *Ley de electricidad de 1998*;

- la Ley de modificación de la *Ley de electricidad de 1998* y la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998* y de modificación consiguiente de otras leyes (la "*Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*")[5], en particular el anexo A, artículos 29 a 32, por los que se promulga la Parte II.1 de la *Ley de electricidad de 1998*, y los artículos 33 a 38, por los que se promulga la Parte II.2 de la *Ley de electricidad de 1998*, y el anexo B, artículos 17 y 18, por los que se promulgan los artículos 78.3 y 78.4 de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998*;

- el *Reglamento de Ontario 578/05*, dictado en virtud de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998*, titulado "Contratos prescritos en relación con los párrafos 3 y 4 del artículo 78 de la Ley";

- el Manual de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico ("IESO"), en particular la Parte 5.5 ("Documentos de liquidación para los mercados físicos");

- las Normas de mercado de la IESO, en particular el capítulo 7 ("Operaciones del sistema y mercados físicos"), el capítulo 9 ("Liquidaciones y facturación") y el capítulo 11 ("Definiciones");

- la directiva sobre tarifas reguladas de 24 de septiembre de 2009, dirigida por George Smitherman, Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e Infraestructuras, a Colin Anderson, Director Ejecutivo del Organismo de Energía de Ontario ("OPA"), por la que se encomienda a este Organismo que elabore un Programa de tarifas reguladas e incluya el requisito de que el solicitante presente un

[2] S.O. 1998, capítulo 15, anexo A.
[3] La última modificación corresponde a: 2010, capítulo 15, anexo 223.
[4] S.O. 2009, capítulo 12.
[5] S.O. 2004, capítulo 23.

plan de cumplimiento de los objetivos de contenido nacional (es decir, de Ontario) que figuran en el Reglamento de tarifas reguladas;

- contratos particulares de tarifas y microtarifas reguladas suscritos por el OPA desde que comenzó el Programa de tarifas reguladas el 24 de septiembre de 2009[6];

- el Reglamento de tarifas reguladas, versión 1.4 (8 de diciembre de 2010), y el Reglamento de microtarifas reguladas, versión 1.6 (8 de diciembre de 2010), publicados por el OPA;

- el Contrato de microtarifas reguladas, versión 1.4 (8 de diciembre de 2010), incluidos los términos y condiciones generales, los documentos y las definiciones normalizadas, el Contrato de microtarifas reguladas, versión 1.6 (8 de diciembre de 2010), incluidos los apéndices, y la Oferta condicionada del contrato de microtarifas reguladas, versión 1.0, publicados por el OPA;

- el Formulario de solicitud de tarifas reguladas (1º de diciembre de 2009) y la solicitud en línea de microtarifas reguladas, publicados por el OPA;

- la Lista de precios de tarifas reguladas (13 de agosto de 2010) y la Lista de precios de microtarifas reguladas (13 de agosto de 2010), publicadas por el OPA;

- el documento sobre interpretación de los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (14 de diciembre de 2009, actualizado el 4 de octubre de 2010 y el 26 de abril de 2011), publicado por el OPA; y

- cualesquiera modificaciones o ampliaciones de las medidas anteriores, así como cualesquiera medidas sustitutivas, medidas de renovación, medidas de aplicación y medidas conexas.[7]

Estas medidas son incompatibles con las obligaciones que corresponden al Canadá en virtud del *Acuerdo SMC*, el GATT de 1994 y el *Acuerdo sobre las MIC* porque constituyen una subvención prohibida y también establecen una discriminación contra el equipo para instalaciones de generación de energía renovable fabricado fuera de Ontario. En particular, el Japón considera que estas medidas son incompatibles con las siguientes disposiciones:

1. los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, porque las medidas son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* que se conceden supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, al empleo de equipo para instalaciones de generación de energía

[6] Estos contratos comprenden, sin que la enumeración sea exhaustiva, aquellos a los que se hace referencia en "http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/10989_FIT_Contracts_Offered_April_8_10_-_Applicant_Legal_Name_Order3.pdf" y http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/11216_FIT_Contract_Awards_-_Final_List_-_February_24,_2011.pdf.

[7] El Japón observa que, por motivos de conveniencia, en la precedente lista se indican las versiones más recientes disponibles a la fecha de la presente solicitud del Reglamento de tarifas reguladas, el Reglamento de microtarifas reguladas, el Contrato de tarifas reguladas, el Contrato de microtarifas reguladas, el Formulario de solicitud de tarifas reguladas, la solicitud de microtarifas reguladas, la Lista de precios de tarifas reguladas, la Lista de precios de microtarifas reguladas y el documento sobre interpretación de los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas. La solicitud del Japón engloba, sin embargo, todas las versiones de estas medidas adoptadas desde el inicio del Programa de tarifas reguladas el 24 de septiembre de 2009.

renovable fabricado en Ontario con preferencia al equipo de ese tipo importado de otros Miembros de la OMC, como el Japón[8];

2. el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque las medidas otorgan un trato menos favorable al equipo para instalaciones de generación de energía renovable importado que el otorgado a productos similares originarios de Ontario; y

3. el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre las MIC*, conjuntamente con el apartado a) del párrafo 1 de la lista ilustrativa del Acuerdo, porque las medidas son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 que exigen la compra o el uso por las empresas de equipo para instalaciones de generación de energía renovable originario de Ontario.

Además, el Japón considera que las medidas del Canadá anulan o menoscaban ventajas resultantes para el Japón directa o indirectamente de los Acuerdos citados, de la manera descrita en el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994.

El Japón solicita que se establezca un grupo especial con el mandato uniforme de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD.

[8] Dado que se trata de subvenciones comprendidas en las disposiciones del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, se considera que las medidas son específicas en el sentido del párrafo 3 del artículo 2 de dicho Acuerdo.

ANEXO C-2

SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL
PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS426/5
10 de enero de 2012

(12-0144)

Original: inglés

CANADÁ - MEDIDAS RELATIVAS AL PROGRAMA DE TARIFAS REGULADAS

Solicitud de establecimiento de un grupo especial
presentada por la Unión Europea

La siguiente comunicación, de fecha 9 de enero de 2012, dirigida por la delegación de la Unión Europea a la Presidenta del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

El 11 de agosto de 2011, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con el Gobierno del Canadá ("el Canadá") de conformidad con el artículo 4 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que rige la solución de diferencias* ("*ESD*"), el párrafo 1 del artículo XXII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("*GATT de 1994*"), el artículo 8 del *Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio* (el "*Acuerdo sobre las MIC*") y el párrafo 1 del artículo 4 y el artículo 30 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (el "*Acuerdo SMC*"), con respecto a las medidas del Canadá relativas a los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas.[1] La solicitud se distribuyó el 16 de agosto de 2011 con las signaturas WT/DS426/1, G/L/959, G/TRIMS/D/28, G/SCM/D87/1.[2]

El 7 de septiembre de 2011 se celebraron consultas con miras a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Lamentablemente, esas consultas no permitieron resolver la diferencia.

[1] El "Programa de tarifas reguladas" a que se refiere la presente solicitud incluye tanto proyectos que superen los 10 kilovatios (kW) como proyectos de 10 kW o menos (microtarifas reguladas). *Véase* http://fit.powerauthority.on.ca/.

[2] El 24 de agosto de 2011 se distribuyó un addendum a la solicitud de celebración de consultas de la Unión Europea, porque la relación de pruebas disponibles respecto de la existencia y naturaleza de las subvenciones en cuestión se omitió erróneamente de la solicitud de celebración de consultas.

En consecuencia, la Unión Europea solicita respetuosamente que se establezca un grupo especial para examinar este asunto de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y el artículo 6 del *ESD*, el artículo XXIII del *GATT de 1994*, el artículo 8 del *Acuerdo sobre las MIC* y el párrafo 4 del artículo 4 y el artículo 30 del *Acuerdo SMC*.

Las medidas que son objeto de la presente solicitud son las relativas al Programa de tarifas reguladas establecido por la provincia canadiense de Ontario en 2009 que prevé la fijación de precios garantizados a largo plazo, superiores a los del mercado, para la producción de las instalaciones de generación de energía renovable[3] que tengan un porcentaje mínimo de contenido nacional. Esas medidas comprenden las siguientes:

- la *Ley de electricidad de* 1998[4], modificada[5], en particular la Parte II (Administración Independiente del Sistema Eléctrico), la Parte II.1 (Organismo de Energía de Ontario) y la Parte II.2 (Gestión del suministro, la capacidad y la demanda de electricidad), incluido el artículo 25.35 (Programa de tarifas reguladas);

- la Ley de promulgación de la *Ley sobre energía verde de 2009* y de desarrollo de una economía verde, de derogación de la *Ley de liderazgo en materia de conservación de la energía de 2006* y de la *Ley de rendimiento energétic*o y de modificación de otras leyes (la "*Ley sobre energía verde y economía verde de 2009*")[6], en particular el anexo B por el que se modifica la *Ley de electricidad de 1998*;

- la Ley de modificación de la *Ley de electricidad de 1998* y la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998* y de modificación consiguiente de otras leyes (la "*Ley de reestructuración del sector eléctrico de 2004*")[7], en particular el anexo A, artículos 29 a 32, por los que se promulga la Parte II.1 de la *Ley de electricidad de 1998*, y los artículos 33 a 38, por los que se promulga la Parte II.2 de la *Ley de electricidad de 1998*, y el anexo B, artículos 17 y 18, por los que se promulgan los artículos 78.3 y 78.4 de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998*;

- el *Reglamento de Ontario 578/05*, dictado en virtud de la *Ley sobre la Comisión de la Energía de Ontario de 1998*, titulado "Contratos prescritos en relación con los párrafos 3 y 4 del artículo 78 de la Ley";

- el *Manual* de mercado de la Administración Independiente del Sistema Eléctrico ("IESO"), en particular la Parte 5.5 ("Documentos de liquidación para los mercados físicos");

- las Normas de mercado de la IESO, en particular el capítulo 7 ("Operaciones del sistema y mercados físicos"), el capítulo 9 ("Liquidaciones y facturación") y el capítulo 11 ("Definiciones");

- la directiva sobre tarifas reguladas de 24 de septiembre de 2009, dirigida por George Smitherman, Primer Ministro Adjunto y Ministro de Energía e *Infraestructuras*, a Colin Andersen, Director Ejecutivo del Organismo de Energía de

[3] En particular, instalaciones que utilicen energía eólica con una capacidad contratada superior a 10 kW e instalaciones que utilicen energía solar (FV).
[4] S.O. 1998, capítulo 15, anexo A.
[5] La última modificación corresponde a: 2010, capítulo 15, anexo 223.
[6] S.O. 2009, capítulo 12.
[7] S.O. 2004, capítulo 23.

Ontario ("OPA"), por la que se encomienda a este Organismo que elabore un Programa de tarifas reguladas e incluya el requisito de que el solicitante presente un plan de cumplimiento de los objetivos de contenido nacional (es decir, de Ontario) que figuran en el Reglamento de tarifas reguladas;

- el Reglamento de tarifas reguladas, versión 1.5.1 (31 de octubre de 2011), y el *Reglamento* de microtarifas reguladas, versión 1.6.1 (10 de agosto de 2011), publicados por el OPA;

- el Contrato *de* microtarifas reguladas, versión 1.5.1 (31 de octubre de 2011), incluidos los términos y condiciones generales, los documentos y las definiciones normalizadas, el Contrato de microtarifas reguladas, versión 1.6.1 (31 de octubre de 2011), incluidos los apéndices, y la Oferta condicionada del contrato de microtarifas *reguladas*, versión 1.6.1, publicados por el OPA;

- el Formulario de solicitud de tarifas reguladas (1º de diciembre de 2009) y la solicitud en línea de microtarifas reguladas, publicados por el OPA;

- la Lista de precios de tarifas reguladas (3 de junio de 2011) y la Lista de precios de *microtarifas* reguladas (13 de agosto de 2010), publicadas por el OPA;

- el documento sobre interpretación de los requisitos de contenido nacional del *Programa de tarifas reguladas* (14 de diciembre de 2009, actualizado el 4 de octubre de 2010 y el 26 de abril de 2011), publicado por el OPA[8];

- contratos particulares de tarifas y microtarifas reguladas suscritos por el OPA desde que comenzó el Programa de tarifas reguladas el 24 de septiembre de 2009[9]; y

- cualesquiera modificaciones o ampliaciones de las medidas anteriores, así como cualesquiera medidas sustitutivas, medidas de renovación, medidas de aplicación y medidas conexas.[10]

Estas medidas son incompatibles con las obligaciones que corresponden al Canadá en virtud del *Acuerdo SMC*, el *GATT de 1994* y el *Acuerdo sobre las MIC* porque constituyen una subvención prohibida y también establecen una discriminación contra las importaciones de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable. En particular, la Unión Europea considera que estas medidas son incompatibles con las siguientes disposiciones:

[8] *Véanse* "http://fit.powerauthority.on.ca/domestic-content-0 y http://fit.powerauthority.on.ca/table-final-interpretations".

[9] Estos contratos comprenden, sin que la enumeración sea exhaustiva, aquellos a los que se hace referencia en "http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/10989_FIT_Contracts_Offered_April_8_10_-_Applicant_Legal_Name_Order3.pdf" y http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/11216_FIT_Contract_Awards_-_Final_List_-_February_24,_2011.pdf.

[10] La Unión Europea observa que, por motivos de conveniencia, en la lista *supra* se indican las versiones más recientes, disponibles a la fecha de la presente solicitud, del Reglamento de tarifas reguladas, el Reglamento de microtarifas reguladas, el Contrato de tarifas reguladas, el Contrato de microtarifas reguladas, el Formulario de solicitud de tarifas reguladas, la solicitud de microtarifas reguladas, la Lista de precios de tarifas reguladas, la Lista de precios de microtarifas reguladas y el documento sobre interpretación de los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas (*véanse* "http://fit.powerauthority.on.ca/what-feed-tariff-program/; y http://microfit.powerauthority.on.ca/"). La solicitud de la Unión Europea engloba, sin embargo, todas las versiones de estas medidas adoptadas desde el inicio del Programa de tarifas reguladas el 24 de septiembre de 2009.

1. los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, porque las medidas son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* que se conceden supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, al empleo de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable fabricados en Ontario con preferencia al equipo y los componentes de ese tipo importados de otros Miembros de la OMC, incluida la Unión Europea;

2. el párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994*, porque las medidas otorgan un trato menos favorable al equipo y los componentes para instalaciones de generación de energía renovable importados que el otorgado a productos similares originarios de Ontario; y

3. el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre las MIC*, conjuntamente con el apartado a) del párrafo 1 de la lista ilustrativa del Acuerdo, porque las medidas son medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994* que exigen la compra o el uso por las empresas de equipo y componentes para instalaciones de generación de energía renovable originarios o procedentes de Ontario.

Por consiguiente, la Unión Europea pide respetuosamente que se establezca un grupo especial con el mandato uniforme de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del *ESD*. La Unión Europea ruega que la presente solicitud se inscriba en el orden del día de la reunión del Órgano de Solución de Diferencias que se celebrará el 20 de enero de 2012.